Die Gesellschafterbeschlüsse bei der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Erwin Gundelsheimer
aus Gerach.
Referendar am Landgericht in Bamberg.

Approbiert am 18. November 1937.

1938

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim Ofr., Klosterstr. 16

1938/121

Referent: Univ.-Professor Dr. Liermann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lb. Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533921_0072

Inhaltsübersicht.

Seite

Verzeichnis des Schrifttums VI

I. Kapitel.

Das Anwendungsgebiet der Beschlüsse innerhalb und außerhalb des Rahmens der Geschäftsführung 1

II. Kapitel.

Die Mitwirkungsberechtigung bei der Beschlußfassung . . 18

III. Kapitel.

Das Mehrheitsprinzip 31

I. Einstimmigkeit und Mehrheit im Allgemeinen . . 31

II. Inwieweit können sich die Gesellschafter im Voraus einem Mehrheitsbeschluß unterwerfen? 34

1. Grenzen des Mehrheitsprinzips 34
2. Aenderungen des Inhalts des Gesellschaftsvertrags im Allgemeinen 35
3. Begründung und Erweiterung von Gesellschafterpflichten 36
4. Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis 38
5. Die Neuaufnahme von Gesellschaftern . . . 41
6. Der Ausschluß von Gesellschaftern aus der Gesellschaft 44
7. Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Gesellschafterbeschluß 48
8. Die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen im Stadium der Liquidation 50

IV. Kapitel.

In welchem Umfange gelten Mehrheitsbeschlüsse als vereinbart? 51

1. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter 51
2. Die Bedeutung der allgemeinen Klausel im Gesellschaftsvertrag, bei Beschlüssen entscheidet die Mehrheit, bzw. Aenderungen des Gesellschaftsvertrags erfolgen durch Mehrheitsbeschluß 54

Verzeichnis des Schrifttums.

Kommentare, Lehrbücher und andere systematische Darstellungen.

Archiv für bürgerliches Recht ⟨Arch. f. bürg. R.⟩.

Archiv für die zivilistische Praxis. ⟨Arch. Ziv. Prax.⟩.

Behrend, J. Fr.: Lehrbuch des Handelsrechts. I, 1. Berlin 1886. ⟨Behrend⟩.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, gegründet von Gruchot ⟨Gruchot⟩.

Brand Arthur: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911. ⟨Brand⟩.

Brodmann Erich: Aktienrecht. Berlin 1928. ⟨Brodmann⟩.

Cosack Konrad: Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl. Stuttgart 1930. ⟨Cosack⟩.

Denkschrift zum Handelsgesetzbuch. In Hahn-Mugdan, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. VI. Bd. Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897. ⟨Denkschrift⟩.

Düringer Adalbert, und Hachenburg Max: Das Handelsgesetzbuch. Kommentar. 3. Aufl. Bd. II 1, erl. von Karl Geiler, 1932, Bd. II 2, erl. von J. Flechtheim, 1932. Mannheim. ⟨Dür.-Hach.⟩

Deutsche Juristenzeitung. ⟨DJZ.⟩

Enneccerus Ludwig und Lehmann Heinrich: Lehrbnch des bürgerl. Rechts. II. 11. Bearb. Marburg 1930.

v. Gierke Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 3. Aufl. Berlin 1929. ⟨Gierke⟩.

Goldmann Samuel: Kommentar zum HGB. II. Berlin 1905. ⟨Goldmann⟩.

v. Gorski Anton: Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Wien 1888. ⟨Gorski⟩.

Hagemann Adolf: Der Eintritt eines Gesellschafters in die offene Handelsgesellschaft. Diss. Jena 1911. ⟨Hagemann⟩.

Heck Phillip: Gesellschafterbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Festgabe für Gierke. Weimar 1911. ⟨Heck⟩.

Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1911.

Heinsheimer Rudolf: Ueber die Teilhaberschaft. Heidelberg 1930. ⟨Heinsheimer, Teilhaberschaft⟩.

Heinsheimer Karl und Geiler: Handelsrecht. 3. Aufl. Berlin 1930. ⟨Heinsheimer⟩.

Herzfelder Franz: Stimmrecht und Interessenkollision bei den Personalverbänden des deutschen Reichsprivatrechts. München 1927.

Hueck Alfred: Die Uebertragung von Geschäftsanteilen. In ZHR. 83 ⟨1920⟩ S. 1 ff. ⟨Hueck, Uebertragung⟩.

— Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften. In der Festschrift für E. Heymann. Beiträge zum Wirtschaftsrecht. II. Marburg 1931. ⟨Hueck, Gesellschafterbeschlüsse⟩.

Jüdel Gerhard: Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften. Leipzig 1933. ⟨Jüdel⟩.

Juristische Wochenschrift. ⟨JW.⟩

Knoke Paul: Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1901. ⟨Knoke⟩.

Koenige Heinrich: Kommentar zum HGB. erl. von H. Koenige, R. Teichmann, W. Köhler. 3. Aufl. Berlin 1921. ⟨Koenige⟩.

Koobs Georg: Der Mehrheitsbeschluß im bürgerlichen Recht. Diss. Greifswald 1920. ⟨Koobs⟩.

Lehmann K. und Hoeniger H.: Lehrbuch des Handelsrechts. I. 3. Aufl. Berlin 1921. ⟨Lehmann⟩.

Lehmann K. und Ring V.: Kommentar zum HGB. I 2. Auflage, Berlin 1914. ⟨Lehm.-Ring⟩.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. ⟨LZ.⟩

Leist: Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht. Jena 1904. ⟨Leist⟩.

Locher Eugen: Handels-, Wechsel- und Seerecht.

Mahnkopf Arthur: Die Rechtsverhältnisse zwischen der offenen Handelsgesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter nach dem geltenden und dem neuen Handelsgesetzbuch. Diss. Erlangen 1898. ⟨Mahnkopf⟩.

Makower F.: Kommentar zum HGB. I 13. Aufl. Berlin 1906 ⟨Makower⟩.

Moser Ulrich: Das Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter in der offenen Handels- und Aktiengesellschaft. Diss. Göttingen 1925 ⟨Moser⟩.

Mosse-Heymann: Handelsgesetzbuch. 17. Aufl. Berlin und Leipzig 1926. ⟨Mosse-Heymann⟩.

Müller-Erzbach Rudolf: Deutsches Handelsrecht. 2/3. Aufl. Tübingen 1928. ⟨Müller-Erzbach⟩.

Neufeld Hans und Schwarz Otto: Kommentar zum Handelsgesetzbuch I Berlin 1931. ⟨Neufeld-Schwarz⟩.

Oelfke Eberhard: Die Unterschiede der offenen Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Dissertation Göttingen 1903. ⟨Oelfke⟩.
Oertmann Paul: Kommentar zum BGB. II 2. 5. Aufl. 1929 Berlin. ⟨Oertmann⟩.
Plank G.: Kommentar BGB. 4. Aufl. Berlin 1925. ⟨Plank⟩.
Renaud Achilles: Das Recht der Kommanditgesellschaften 1881. ⟨Renaud⟩.
Reichsgerichtsrätekommentar 6. Aufl. 1928 ⟨RGRK⟩.
Ritter Karl: Kommentar zum HGB. 1. Aufl. Berlin 1910. ⟨Ritter⟩.
Schreiber Otto: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. München 1925. ⟨Schreiber⟩.
Staub: Kommentar zum HGB. Bd. I 14. Aufl. 1932 erl. von A. Pinner, F. Bondi. ⟨Staub⟩.
v. Staudinger J.: Kommentar zum BGB. 3. Teil: erl. von Dr. Karl Kober, Dr. Theodor Engelmann, Dr. Karl Geiler. 9. Aufl. 1929. München, Berlin, Leipzig. ⟨Staudinger⟩.
Thalmessinger Hugo: Der Begriff der Gemeinschaft und die Geltung von Mehrheitsbeschlüssen bei Gemeinschaftsverhältnissen. Diss. Tübingen 1899. ⟨Thalmessinger⟩.
v. Thur Andreas: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerl. Rechts. II 1, 1914. Leipzig. ⟨Thur⟩.
Warneyer Otto: Kommentar zum BGB. 5. Aufl. Tübingen 1930. ⟨Warneyer⟩.
Webersberger Johannes: Die offene Handelsgesellschaft im Vergleich zur bürgerlichen Gesellschaft. Diss. Greifswald. 1907. ⟨Webersberger⟩.
Wieland Karl: Handelsrecht. Bd. I in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaften. Leipzig 1921. ⟨Wieland⟩.
Wimpfheimer Heinrich: Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. München 1908. ⟨Wimpfheimer⟩.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. ⟨ZHR.⟩.

Entscheidungssammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. ⟨RG.⟩.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. ⟨ROHG.⟩.
Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landgerichts in Zivilsachen. ⟨Bay. OLG.⟩.

I. Kapitel.

Das Anwendungsgebiet der Beschlüsse innerhalb und außerhalb des Rahmens der Geschäftsführung.

Auf dem Gebiete der Geschäftsführung spielen Gesellschafterbeschlüsse zunächst keine große Rolle, denn sowohl für die offene Handelsgesellschaft als auch für die Kommanditgesellschaft gilt im Zweifel Einzelgeschäftsführungsbefugnis. Zur Vornahme von Handlungen, die in den Kreis der Geschäftsführung fallen, ist jeder Gesellschafter allein berechtigt und verpflichtet, ohne daß er der Zustimmung der anderen geschäftsführenden Gesellschafter bedürfte. §§ 114 Abs. 1, 115Abs. 1 HGB. Der einzelne Gesellschafter ist in der Vornahme einer Geschäftsführungshandlung nur beschränkt durch das Widerspruchsrecht eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters. § 115 Abs. 1, Satz 2 HGB.

In den Kreis der Geschäftsführung fallen alle Handlungen tatsächlicher und rechtlicher Art, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Diese Begriffsbestimmung ergibt sich einwandfrei aus § 116 Abs. 1 HGB. Es sind dies „alle diejenigen Geschäfte und Handlungen, die sich als Betätigungen der gemeinsamen Wirtschaftsorganisation in der Richtung auf den Gesellschaftszweck darstellen“[1]).

Aus dem Gebiete der Geschäftsführung scheiden demnach alle Handlungen aus, die nicht im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsverhältnisses erforderlich werden, wie z. B. Akte, die die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses betreffen, insbesondere Aenderungen des Gesellschaftsvertrages, der Gesellschaftsvertrag ist ja Voraussetzung der Geschäftsführung, seine Aenderung kann daher nicht Gegenstand derselben sein[2]).

Nicht in den Kreis der Geschäftsführung fallen fernerhin Geschäfte, die dem Zweck der Gesellschaft zuwiderlaufen, die sogenannten betriebsfremden Geschäfte, denn die Geschäftsführung ist eine Tätigkeit, die sich im Rahmen des Gesellschaftsvertrages hält und keine diesem fremde Zwecke verfolgt. Durch die Vornahme

1) Dür.-Hach. II, 2, § 114 Anm. 2.
2) Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 706; Oertmann § 709, 4.

betriebsfremder Geschäfte würde die durch den Gesellschaftsvertrag gegebene Basis verlassen[3]).

Vor der eigentlichen Geschäftsführung sind endlich Handlungen ausgenommen, die zwar nicht mit dem Zweck der Gesellschaft in Widerspruch stehen, die aber für die betreffende konkrete Gesellschaft ungewöhnlich sind[4]).

Zur Vornahme all dieser Handlungen, die nicht zur Geschäftsführung gehören, ist der einzelne Gesellschafter allein grundsätzlich nicht berechtigt, sondern er bedarf der Zustimmung der anderen Teilhaber.

Die Vorschrift des § 115 Abs. 1 HGB. ist aber nur eine dispositive. Diese kann im Gesellschaftsvertrag durch eine andere Regelung ersetzt werden. So kann hier bestimmt sein, daß die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können. (Sog. Gesamt- oder Kollektivgeschäftsführung). § 115, Abs. 2 HGB. In diesem Falle bedarf jedes Geschäft zu seiner rechtlichen Wirksamkeit der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter. Jede Geschäftsführungshandlung erfordert dann die vorherige Verständigung aller geschäftsführenden Teilhaber, d. h. einen

B e s c h l u ß.

In diesem Falle können Gesellschafterbeschlüsse auch auf dem Gebiete der Geschäftsführung eine große Bedeutung erlangen.

Wenn das Gesetz selbst nicht von einer Beschlußfassung spricht, sondern sich des Wortes „Zustimmung" bedient, so liegt darin kein sachlicher Unterschied. Der Ausdruck „Zustimmung" hat keine technische Bedeutung, denn es handelt sich hier nicht um Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft mit einem Dritten im Sinne des § 182 BGB., sondern lediglich darum, daß jedes Geschäft im Innenverhältnis auf einer Willensgemeinschaft der geschäftsführenden Gesellschafter beruhen muß[5]). Die Gesellschafter sind ja nicht Dritte im Sinne dieser Vorschrift. Das Gesetz spricht anscheinend nur deshalb nicht von einer „Beschlußfassung", weil eine solche selbst bei Gesamtgeschäftsführungsbefugnis nicht erforderlich ist, wenn die

3) Dür.-Hach. II, 1 Allg. Einleitung, Anm. 106 a.

4) vergl. dagegen § 54 HGB.

5) Dür.-Hach. II, 1 Allg. Einl. Anm. 107, II 2 § 115, Anm. 9, Herzfelder S. 10; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 703, Wieland I S. 570 Anm. 38, vergl. auch f. d. bürgerl. rechtl. Gesellschaft: Oertmann § 709, Anm. 1, Staudinger § 709 II Anm. 2, Blank § 709, Anm. 2, Warneyer § 709, II. A.A.) Goldmann § 115 Anm. 18, Lehm.-Ring § 115 Nr. 2.

geschäftsführenden Gesellschafter die Handlung auch zusammen ausführen.

Für die Gesellschaft des BGB. gilt Gesamtgeschäftsführungsbefugnis kraft Gesetzes. § 709 BGB. Eine Beschlußfassung ist daher hier auf dem Gebiete der Geschäftsführung viel häufiger als bei der OHG. Für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft ist diese Regelung erträglich. Für die OHG. jedoch würde sie eine starke Erschwerung der Geschäftsführung bedeuten und den Zweck der Gesellschaft gefährden. Die offene Handelsgesellschaft ist eine dauernde Verbindung im Handel[6]). Sie bezweckt den Abschluß zahlreicher Einzelgeschäfte, während sich die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in einem einzigen Geschäft erschöpfen kann. Wollte man bei der offenen Handelsgesellschaft für jeden Akt der Geschäftsführung die Zustimmung aller Gesellschafter erfordern, so würde diese Regelung einer raschen Entschlußfassung und Ausführung der Geschäfte, was im Handel nun einmal nötig ist, im Wege stehen. Der Betrieb eines Handelsgewerbes erfordert „Aktionsfreiheit und rasches Zugreifen"[7]). Es wird sich deshalb die Einführung der Gesamtgeschäftsführung ganz allgemein für die OHG. nicht empfehlen. In einzelnen Fällen kann aber eine derartige Regelung sehr zweckmäßig sein, insbesondere bei Gesellschaften mit großer Mitgliederzahl; denn es können hier Geschäfte vorkommen, die zwar bei einer kleinen Gesellschaft über den Rahmen des gewöhnlichen Betriebs des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, deren Vornahme aber bei einer größeren Gesellschaft den Kreis der gewöhnlichen Handlungen nicht überschreitet, also von jedem geschäftsführenden Gesellschafter allein vorgenommen werden können, z. B. große Kreditaufnahmen. Eine unsachgemäße Ausübung dieser Befugnis kann aber der Gesellschaft oft großen Schaden bringen. Es kann deshalb eine Kombination von Einzel- und Gesamtgeschäftsführungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag derart vorgesehen werden, daß bestimmte Arten von Handlungen stets nur mit Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter vorgenommen werden dürfen, während für die übrigen Handlungen das gesetzliche Prinzip der Einzelgeschäftsführung aufrecht erhalten bleibt. So kann vereinbart werden, daß zur Vornahme von besonders „wichtigen" Geschäften stets die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich sein soll. Zur Vermeidung von Strei-

6) Gierke J. S. 216.
7) Wieland I S. 569.

tigkeiten wird es jedoch zweckmäßig sein, die Geschäfte, die als wichtige gelten sollen, im Gesellschaftsvertrag einzeln aufzuzählen oder sonstwie ihrer Art nach genau zu bezeichnen. Sind im Gesellschaftsvertrag eine Reihe von Fällen aufgezählt, denen der Charakter von wichtigen Geschäften zukommen soll, so ist es grundsätzlich Sache der Auslegung, ob dies eine erschöpfende Anführung sein soll, oder ob diese Fälle nur als Beispiele gelten sollen. Im Zweifel hat eine solche Aufzählung nur beispielsweise Bedeutung[8]).

Ist ein wichtiges Geschäft zugleich ein ungewöhnliches, dann ist dessen Vornahme schon kraft Gesetzes der Einzelgeschäftsführung entzogen. Es ist aber nicht richtig, wenn Flechtheim[9]) behauptet, die Anführung besonders wichtiger Geschäfte, die aber keine ungewöhnlichen sind, bedeutete, daß diese in Bezug auf ihre rechtliche Behandlung den ungewöhnlichen gleichgestellt werden sollen. Gerade in ihrer rechtlichen Behandlung weisen beide große Verschiedenheiten auf, insbesondere hinsichtlich der Mitwirkungsberechtigung bei der Fassung eines Gesellschafterbeschlusses,[10]) denn zur Vornahme einer ungewöhnlichen Handlung ist die Zustimmung sämtlicher, auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter erforderlich, (§ 116 Abs. II HGB.) während wichtige Geschäfte die nicht den Charakter von ungewöhnlichen tragen, zu ihrer Vornahme nur der Einwilligung der geschäftsführenden Gesellschafter bedürfen (§ 115 Abs. II HGB.), es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag darüber hinaus auch die Zustimmung der nicht geschäftsführenden Gesellschafter vorschreibt. Bei ungewöhnlichen Geschäften kann mangels anderweitiger vertraglicher Regelung, fernerhin selbst dann nicht von der Zustimmung aller Gesellschafter Abstand genommen werden, wenn Gefahr im Verzug ist,[11]) während bei wichtigen Handlungen in diesem Falle die Zustimmung aller andern geschäftsführenden Gesellschafter ohne weiteres entbehrlich ist. § 115 Abs. II BGB.

Im übrigen kann die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis in modifizierter Form eingeführt werden. Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, daß für einen oder mehrere Gesellschafter die Einzelgeschäftsführungsbefugnis aufrecht erhalten bleibt, während die übrigen Teilhaber nur zusammen handeln dürfen. Es kann auch gemeinsames Handeln nur für zwei oder drei Gesellschafter vorgeschrieben sein.

8) vergl. hiezu: Dür.-Hach. II 2, Vorbemerkungen II Anm. 6 zu § 161HGB.
9) Dür.-Hach. II 2, § 115 III Anm. 12.
10) Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 705.
11) Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 707; ROHG. Bd. 20/247;

Die Regel, daß bei Gesamtgeschäftsführungsbefugnis jedes Geschäft die vorherige Befragung aller geschäftsführenden Gesellschafter erfordert, erleidet aber zwei wichtige Ausnahmen.

Eine solche Ausnahme von der kraft Vertrags gemeinsamen Geschäftsführung gilt, im Gegensatz zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, wenn „Gefahr im Verzug" ist. § 115 Abs. II HGB.

Wann „Gefahr im Verzug" ist, darüber herrscht in der Literatur Streit. Einig ist man sich darüber, daß es eines vorherigen Beschlusses nicht bedarf, wenn mit der Verzögerung der Handlung bis zur Befragung der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter der Gesellschaft mit großer Wahrscheinlichkeit ein erheblicher Schaden erwachsen würde. Es muß also nach der Sachlage zur Abwendung des Schadens ein so rasches Handeln geboten sein, daß eine vorherige Befragung der anderen Gesellschafter nicht mehr durchgeführt werden kann.

Bestritten ist jedoch, ob auch dann Gefahr im Verzug ist, wenn zu befürchten ist, daß bei Verzögerung des Geschäftes der Gesellschaft mit Sicherheit ein Gewinn entgehen wird. Diese Frage wird von der herrschenden Meinung mit Recht bejaht. Dafür spricht zunächst einmal die Tatsache, daß das bürgerliche Gesetzbuch in § 252 auch den entgangenen Gewinn als Schaden bezeichnet. Weiterhin spricht für die Einbeziehung dieser Möglichkeit vor allem folgendes: Der Zweck der offenen Handelsgesellschaft ist auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, auf eine Tätigkeit, welche um des Erwerbes willen erfolgt. Die Tätigkeit der Handelsgesellschaft ist auf Gewinnerzielung gerichtet. Wirtschaftlich betrachtet steht daher ein entgangener Gewinn einem eingetretenen Schaden gleich.[12])

Diese Ausnahme ist jedoch nicht so aufzufassen, daß eine Beschlußfassung überhaupt nicht stattzufinden hat, wenn Gefahr im Verzug ist. Auch in diesem Falle muß der betreffende Gesellschafter soviele geschäftsführende Teilhaber befragen, als ohne Gefahr für die Gesellschaft möglich ist.[13]) Ist nur einer oder mehrere nicht zu erlangen, so dürfen die übrigen Gesellschafter nicht umgangen werden. Das bestreitet allerdings Brand.[14]) Selbst bei Gefahr im Verzug bräuchte nicht einmal der Versuch gemacht werden, die

12) Brand § 115,3 b; Dür.-Hach. II 2 § 115 Anm. 9; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 704; Lehm. — Ring § 115,2; Ritter § 115,5; Staub § 115,7. A. A. Goldmann § 115,21; Gorski S. 74; Mahnkopf S. 30; Ölfke S. 11; Renaud S. 274; Webersberger S. 27.

13) Dür.-Hach. II 2 § 115 III Anm. 9; Goldmann § 115,21; Lehm.-Ring § 115,2; Staub § 115,7; Neufeld-Schwarz § 115,1; Wieland I S. 570; ROHG Bd. 20/247; ZfHR. 21/526.

14) § 115,3 b.

Zustimmung der anderen Gesellschafter oder doch möglichst vieler einzuholen. Die gegenteilige Ansicht finde im Gesetz keine Stütze und es würde regelmäßig keine Gefahr im Verzug sein, wenn noch soviel Zeit vorhanden sei, um mit den übrigen Gesellschaftern Rücksprache zu nehmen. Dieser Einwand greift jedoch aus folgenden Gründen nicht durch: Bei der Einführung der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis gingen die Gesellschafter von dem Gedanken aus, den einzelnen Teilhaber in seiner grundsätzlichen Alleingeschäftsführungsbefugnis zu beschränken. Ihr Wille ging also zweifellos dahin, daß auch bei Gefahr im Verzug die Beschränkung der Singulargeschäftsführungsbefugnis insoweit aufrecht erhalten werden soll, daß dies ohne Gefahr für die Gesellschaft möglich ist, d. h. daß der einzelne Gesellschafter auch in einem solchen Falle die Zustimmung all der Gesellschafter einholen muß, die er ohne Gefahr für die Gesellschaft erreichen kann. Es bedarf dann eben eines Beschlusses dieser Gesellschafter. Ein Beschluß ist also auch hier nur dann nicht nötig, wenn die Einholung der Zustimmung der anderen Gesellschafter nicht möglich ist oder nur mit Gefahr für die Gesellschaft geschehen kann. Wenn diese Ansicht auch nicht unmittelbar im Gesetz begründet ist, so entspricht sie doch zweifellos dem Willen der Gesellschafter, die Freiheit des Einzelnen möglichst einzuschränken. Es muß daher auch bei Gefahr im Verzug wenigstens der Versuch gemacht werden, sich zu vergewissern, ob die übrigen Gesellschafter einverstanden sind. Dieser Versuch darf nur dann unterlassen werden, wenn er von Anfang an aussichtslos ist und sofort gehandelt werden muß.

Liegt keine Gefahr im Verzug vor, so ist die Zustimmung der übrigen Gesellschafter stets unbedingte Voraussetzung für die Vornahme einer Geschäftsführungshandlung. Selbst wenn die Einholung der Zustimmung eines Gesellschafters im Einzelfall unmöglich ist, weil z. B. sein Aufenthalt unbekannt ist, ist dessen Zustimmung nicht entbehrlich. Kommt infolge eines solchen Umstandes ein Beschluß nicht zustande, so muß die Handlung eben unterbleiben.

Auch bei Gesamtgeschäftsführungsbefugnis ist weiterhin ein Gesellschafter allein zu handeln berechtigt, wenn es sich um die Vornahme einer Maßnahme handelt, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Unternehmens gemäß § 744 Abs. II BGB. notwendig ist. Diese Bestimmung steht zwar unter dem Titel „Gemeinschaft". Ihre Anwendung auf den engeren Gesamthandelsverband, also auch

auf die offene Handelsgesellschaft erfolgt aber mit Recht.[15] Auch hier bedarf es also trotz Gesamtgeschäftsführungsbefugnis keines Beschlusses.

Gesellschafterbeschlüsse erlangen sowohl bei der offenen Handelsgesellschaft als auch bei der Kommanditgesellschaft vor allem außerhalb des Rahmens der Geschäftsführung Bedeutung. Hier ist ein Gesellschafterbeschluß notwendige Voraussetzung für jede Willensäußerung der Gesellschaft, es sei denn, daß auch alle Gesellschafter beim Geschäftsabschluß mitwirken, was jedoch meistens nicht der Fall sein wird. Das Gesetz hat hier zunächst eine Reihe von Fällen aufgezählt, bei denen eine Maßnahme zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit eines vorherigen Beschlusses bedarf. Der wichtigste und wohl am häufigsten vorkommende Fall ist in § 116 Abs. II HGB geregelt. Hienach bedarf es zu Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, eines Beschlusses sämtlicher Gesellschafter. Jeder geschäftstührende Teilhaber muß daher vor der Vornahme einer ungewöhnlichen Handlung alle anderen Gesellschafter um Rat fragen und deren Einverständnis erholen.

Eine auf alle Fälle passende Definition dafür, was unter einem ungewöhnlichen Betriebsgeschäft zu verstehen ist, läßt sich nicht finden. Nicht dazu gehören zweifellos die Geschäfte, die dem betreffenden Betrieb an der Tagesordnung sind, also keine Ausnahme darstellen,[16] selbst wenn es für die Gesellschaft wichtige Geschäfte sind. Ungewöhnliche und wichtige Geschäfte sind ja nicht identisch[17]. Im übrigen müssen zur Entscheidung dieser Frage die Verhältnise des jeweils in Frage stehenden Betriebs ins Auge gefaßt werden.[18] Maßgebend können sein Art, Umfang und Organisation des Unternehmens, die bisherige Uebung, vor allem aber das für die Gesellschaft mit der Vornahme der Handlung verbundene Risiko.[19] Da also scharfe Grenzen nicht zu ziehen

15) Dür.-Hach. II 1, Allg. Einl. Anm. 107; II 2 § 115 Anm. 5; Knoke, Gesellschaft S. 57; Oertmann § 709, 2; Plank § 709, 1; Staudinger § 709, II, 3; Warneyer § 709, II.

16) Gierke J. S. 216.

17) Dür.-Hach. II 2 § 115 Anm. 13; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 705.

18) Anders § 54 HGB. Hier kommt es für die Entscheidung der Frage, ob ein Geschäft ungewöhnlich ist, nicht auf den konkreten Betrieb, sondern auf den Betrieb irgendeines derartigen Handelsgewerbes an.

19) Brand § 116, 1c; Dür.-Hach. II 2 § 116 Anm. 2; Hueck, Gesellschafterbeschl. S. 720; Koenige § 116, 2; Staub § 116, 2; Wieland I S. 570; RG. 20/194; RG. in JW. 1930/706 mit Anm. von Flechtheim.

sind, so wird es sich auch hier, wie oben bei den wichtigen Geschäften, empfehlen, nähere Angaben über die Grenzziehung im Gesellschaftsvertrag zu machen oder ganz bestimmte Fälle, denen der Charakter von ungewöhnlichen zukommen soll, aufzuzählen. Allerdings darf aus einer derartigen Aufzählung auch hier nicht der Schluß gezogen werden, daß nur diese Geschäfte als ungewöhnliche gelten sollen. Eine besondere Aufzählung soll nur eine Sicherung der Gesellschafter dagegen sein, gerade bei diesen Geschäften Streit auszuschließen, ob eine ungewöhnliche Handlung in Frage steht oder nicht. Es soll damit weiterhin nur gesagt sein, daß diese Geschäfte stets nur mit Zustimmung aller Gesellschafter vorgenommen werden dürfen.

Keine Ausnahme gilt bei ungewöhnlichen Geschäften für den Fall, daß Gefahr im Verzug ist. Auch hier bedarf es der Zustimmung sämtlicher stimmberechtigter Gesellschafter. Das ergibt sich aus einer Gegenüberstellung von § 116 Abs. II mit §§ 115 Abs. II und 116 Abs. III HGB.[20] Erst recht macht Abwesenheit oder Krankheit eines Gesellschafters dessen Zustimmung nicht entbehrlich. Ist aus irgend einem Grunde die Zustimmung eines Teilhabers nicht einzuholen, dann muß die Handlung eben unterbleiben, selbst wenn die Vornahme für die Gesellschaft von Vorteil wäre.

Die Bestimmung des § 116 Abs. II HGB. ist nicht zwingendes Recht. Der Gesellschaftsvertrag kann von der gesetzlichen Regel abweichen. Es kann vorgesehen werden, daß zur Vornahme einer ungewöhnlichen Handlung die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich und genügend sein soll[21]. Es kann weiterhin im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß jeder geschäftsführende Teilhaber auch ohne Zustimmung der übrigen ungewöhnliche Handlungen vornehmen darf, oder daß, wenn Gefahr in Verzug ist, die Zustimmung der anderen Gesellschafter nicht erholt zu werden braucht. Diese Möglichkeiten können für alle ungewöhnlichen Handlungen vorgesehen sein oder nur für eine bestimmte Art derselben. Es bedarf nicht einmal einer ausdrück-

20) Dür.-Hach. II 2 § 116 II, Anm, 3; Goldmann § 116, 6; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse, S. 704; Wieland I S. 570 Anm. 36; ROHG 20/247. A. A. z. T. Neufeld-Schwarz § 116, 3; Gorski S. 43.

21) Dür.-Hach. II 2 § 116 II Anm. 3; Staub § 116. 3; A. A. Mahnkopf S. 18.

lichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, sondern diese Abweichungen können sich auch aus einer tatsächlichen Uebung ergeben.

Eine Besonderheit gilt für die Bestellung eines Prokuristen. Hiezu bedarf es grundsätzlich nur der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter. § 116 Abs. III HGB. Davon kann abgesehen werden, wenn Gefahr im Verzug ist. Allerdings ist eine ohne Zustimmung der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter erfolgte Bestellung zum Prokuristen nur eine provisorische Maßnahme. Nach Beseitigung der Gefahr muß der Beschluß nachgeholt werden.[22] Läßt sich später keine Willensübereinstimmung erzielen, so muß die Prokura widerrufen werden. Zu diesem Widerruf bedarf es keines Beschlusses, sondern dieser kann durch jeden Gesellschafter erfolgen, der zur Erteilung befugt war, d. h. jeder geschäftsführende Gesellschafter darf die Prokura widerrufen. § 116 Abs. III HGB.

Aber auch bei dieser Bestimmung handelt es sich nur um die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander und es kann im Gesellschaftsvertrag etwas anderes festgesetzt werden; so kann angeordnet werden, daß zur Bestellung eines Prokuristen die Zustimmung aller, also auch der nicht geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich sein soll, auch für den Fall, daß Gefahr im Verzug ist. Es kann aber auch bestimmt werden, daß nicht nur bei Gefahr im Verzug, sondern in allen Fällen bei der Bestellung des Prokuristen die Zustimmung der andern stimmberechtigten Gesellschafter entbehrlich sein soll. Dasselbe gilt für den Widerruf der Prokura. Auch hier kann im Gesellschaftsvertrag abweichend von der gesetzlichen Regelung vorgeschrieben werden, daß zum Widerruf derselben die Zustimmung aller oder aller geschäftsführenden Gesellschafter notwendig ist. Dann bedarf eben auch der Widerruf eines Beschlusses der stimmberechtigten Gesellschafter.

Es ist aber für alle bisher behandelten Fälle zu betonen, daß sich die Notwendigkeit der Beschlußfassung lediglich auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander bezieht, d. h. auf die Frage, inwieweit der Gesellschafter seinen Mitteilhabern gegenüber zur Vornahme einer Handlung berechtigt ist. Streng davon zu scheiden ist das Außenverhältnis, d. h. die Frage, inwieweit er nach außen hin gegenüber dritten Personen in einer die Gesellschaft verpflichtenden Weise handeln kann. Nach außen hin kann jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter mit Wirkung für die Gesellschaft handeln, selbst wenn das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag zur

22) Zeitschr. f. Handelsrecht 35/230.

Vornahme eines Geschäftes die Zustimmung aller oder aller geschäftsführenden Gesellschafter verlangt. Nimmt ein vertretungsberechtigter Gesellschafter eine ungewöhnliche Handlung ohne Zustimmung der andern Gesellschafter vor oder bestellt er einen Prokuristen, so ist dieses Geschäft gültig und die Gesellschaft muß es gegen sich gelten lassen. Allerdings ist er den Gesellschaftern für die Folgen dieser im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander unbefugten Handlung verantwortlich. Insbesondere haftet er für den daraus entstandenen Schaden. Wiederholte derartige Pflichtverletzungen können einen wichtigen Grund darstellen, welcher für die übrigen Gesellschafter unter Umständen den Antrag auf Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis oder auch Ausschließung des ungetreuen Gesellschafters rechtfertigt.

Neben der allgemeinen Vorschrift des § 116 HGB. hat der Gesetzgeber noch eine Reihe besonderer Fälle aufgezählt, in denen eine Maßnahme zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit eines vorherigen Beschlusses aller oder aller übrigen Gesellschafter bedarf, ohne Rücksicht darauf, ob sie auch zur Geschäftsführung berufen sind oder nicht. Es handelt sich hier fast durchschnittlich um Maßnahmen, die die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses betreffen.

Ein Ausfluß des allgemeinen Treueverhältnisses, welche der OHG. zugrunde liegt, ist das den Gesellschaftern obliegende Konkurrenzverbot. §§ 112, 113 HGB. Hienach ist es jedem Teilhaber, sowohl dem geschäftsführenden als auch dem nichtgeschäftsführenden verboten, in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen oder sonstwie mit der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten, es sei denn, daß alle Teilhaber ihre Zustimmung erteilt haben. Dem Wettbewerbsverbot unterliegen auch die Komplementäre der Kommanditgesellschaft, dagegen nicht die Kommanditisten. Verletzt ein Gesellschafter diese seine Pflicht zur Unterlassung des Wettbewerbs, so kann die Gesellschaft zur Ausgleichung des ihr entstandenen Nachteils Schadensersatz fordern. Sie hat fernerhin das Recht des Selbsteintritts in das zwischen dem ungetreuen Gesellschafter und einem Dritten geschlossene Geschäft, wobei aber streng zu beachten ist, daß dieses Eintrittsrecht nur intern gilt.[23]) Hier erst, bei der Behandlung der Folgen, die die Verletzung des Wettbewerbsverbots nach sich zieht, taucht das Problem der Beschlußfassung auf. Ueber die Geltendmachung dieser Ansprüche beschließen die übrigen Gesellschafter. § 113 Abs. 2 HGB. Es

23) Dür.-Hach. II, 2 § 113 Anm. 3; Locher S. 1240.

kann nur der eine oder der andere Anspruch geltend gemacht werden, nicht beide zusammen. Daher muß erst eine Einigung zwischen den Gesellschaftern erzielt werden, welcher Anspruch geltend gemacht werden soll. Eine Beschlußfassung ist natürlich nicht möglich, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Teilhabern besteht. Hier hat der andere das Bestimmungsrecht.

Streitig ist, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn sich unter den Gesellschaftern keine Einigung darüber erzielen läßt, welcher Anspruch geltend gemacht werden soll. Die herrschende Meinung, insbes. Flechtheim[24] steht auf dem Standpunkt, daß es in diesem Falle beim Anspruch auf Schadensersatz sein Bewenden habe. Der Eintritt in das Geschäft sei das Besondere, nur dieser bedürfe des Beschlusses. Der Anspruch auf Schadensersatz könne daher immer geltend gemacht werden. Diese Auslegung ist willkürlich. Sie ist mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar. Nach § 113 Abs. 2 HGB. beschließen die übrigen Gesellschafter „über die Geltendmachung dieser Ansprüche". Sie entscheiden also darüber, ob überhaupt ein Anspruch geltend gemacht werden soll[25] und welcher, nicht aber darüber, ob die Gesellschaft das Recht des Selbsteintritts wählen will[26]. Es ist daher folgerichtig, daß dann, wenn eine Einigung nicht erreicht wird, überhaupt kein Anspruch verfolgt werden kann. Neufeld-Schwarz[27] führt zur Begründung dieser Ansicht noch die Tatsache an, daß § 113 Abs. 3 HGB. beide Ansprüche verjähren läßt.

Die Bestimmung des § 113 HGB. darf nicht auf alle Schadensersatzansprüche aus schuldhafter Pflichtverletzung eines Gesellschafters ausgedehnt werden. Das Erfordernis der Beschlußfassung gilt nur für die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Verletzung des Konkurrenzverbotes[28]. Diese Bestimmung ist vielmehr eine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip, daß Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis von den einzelnen Gesellschaftern oder der Gesellschaft gegen den betreffenden Gesellschafter unmittelbar geltend gemacht werden können[29].

Es ist aber zu betonen, daß die Pflicht zum Schadensersatz oder die Befugnis zum Eintritt in das Geschäft nicht die einzigen

24) Dür.-Hach. II, 2 § 113 Anm. 6; vergl. auch Wieland Bd. I, S. 583.
25) A. A. Ritter § 113, Anm. 3.
26) Goldmann § 113, 12; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 708; Lehm.-Ring § 113, 1; Neufeld-Schwarz § 113, 1.
27) Neufeld-Schwarz § 113, 1.
28) Hueck, Gesellschafterbeschlüsse, S. 708.
29) Dür.-Hach. Vorbem. II Anm. 2 zu § 109 HGB; RG. 90/300; 91/36.

Folgen sind, die an die Verletzung des Konkurrenzverbotes geknüpft sind. Ein solches Verhalten kann einen wichtigen Grund darstellen und die Auflösung der Gesellschaft, die Ausschließung des ungetreuen Teilhabers oder die Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis rechtfertigen[30].

Eines Gesellschafterbeschlusses bedarf es weiterhin zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Nach § 117 HGB. kann einem Gesellschafter, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung, d.h. durch ein Urteil oder einstweilige Verfügung[31] diese Befugnis entzogen werden. Ist auch ein Kommanditist einer Kommanditgesellschaft kraft Gesellschaftsvertrages zur Führung der Geschäfte befugt, so kann ihm die Geschäftsführung nach Analogie des § 117 HGB. genommen werden[32]. Dieselbe Regelung hat das Gesetz in § 127 HGB. für die Entziehung der Vertretungsmacht getroffen. Daraus geht schon hervor, daß beide Befugnisse unabhängig von einander bestehen können, daß die Entziehung der ersteren nicht unbedingt auch Entziehung der letzteren nach sich zu ziehen braucht. Gewöhnlich werden natürlich beide Rechte zusammen entzogen werden. Diese beiden Bestimmungen stellen eine Ausnahme von dem das gesamte Recht der Personalgesellschaften durchziehenden Gedanken dar, daß einem Gesellschafter von den andern ohne seine Zustimmung einseitig Rechte nicht entzogen werden können.

Die Bestimmung des § 117 HGB. bezieht sich auf jede Art von Geschäftsführung, auf die gesetzliche als auch auf die durch Gesellschaftsvertrag übertragene[33], auf Einzel- wie auf Gesamtgeschäftsführungsbefugnis[34]. Auch braucht diese Befugnis nicht im Ganzen entzogen zu werden, sondern die Entziehung kann sich auch auf eine bestimmte Art von Geschäften beziehen. Eine beschränkte Entziehung kann unter Umständen, besonders bei größeren Gesellschaften sehr zweckmäßig sein; denn es kann hier vorkommen, daß ein Teilhaber auf einem Gebiete bewandert ist, während er auf einem andern versagt. Man kann die Zulässigkeit dieser Regelung nicht mit dem Hinweis abtun, daß es den Gesellschaftern nicht zugemutet werden könne, die Geschäftsführung unter anderen als den

30) Denkschrift Seite 84.
31) Dür.-Hach. § 117, Anm. 6.
32) RG. 110/418.
33) s. aber § 709 BGB.
34) JW. 1925/197—199.

vereinbarten Bedingungen zu übernehmen[35]; denn wenn sich der ungetreue Gesellschafter schon eine völlige Entziehung gefallen lassen muß, dann doch erst recht eine teilweise[36]. Was hier von der beschränkten Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis gesagt wurde, gilt entsprechend für die Entziehung der Vertretungsbefugnis[37].

Im Gegensatz zur bürgerlich rechtlichen Gesellschaft genügt hier nicht ein einfacher Beschluß zur Entziehung dieser Befugnisse, sondern es ist die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Diese Abweichung rechtfertigt sich für die OHG., bei der das persönliche Vertrauen der einzelnen Teilhaber zueinander eine so große Rolle spielt, weil Streit darüber ausgeschlossen ist, ob die Entziehung zu Recht erfolgt ist oder nicht, wenn die Rechtslage durch eine autoritäre Instanz geklärt wird[38]. Diese Regelung besteht daher nur im Interesse der einzelnen Gesellschafter selber.

Voraussetzung für die Entziehung ist ein „Antrag" der übrigen Gesellschafter, also aller, mit Ausnahme dessen, gegen den sich die Maßregel wendet. Die antragsberechtigten Gesellschafter müssen sich daher vorher darüber einigen, ob gegen den von der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis auszuschließenden Gesellschafter Klage erhoben werden soll, d. h. sie müssen einen Beschluß über die Antragsstellung fassen. Ein Beschluß ist allerdings auch hier nur möglich, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Teilhabern besteht. War die Gesellschaft schon aufgelöst, so bedarf es keiner Beschlußfassung mehr, da mit der Auflösung der Gesellschaft ipso jure die Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis endigt.[39]

Zu diesem Beschluß bedarf es grundsätzlich der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter. Es handelt sich hier nicht um einen Akt der Geschäftsführung, sondern um eine Maßnahme, die die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses betrifft.[40] In all diesen Fällen verlangt das Gesetz die Mitwirkung aller oder aller übrigen Gesellschafter, gleichgültig, ob ihnen Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis zusteht.

Ein Beschluß auf Antragsstellung erübrigt sich auch dann nicht, wenn Gefahr im Verzug ist. Weigert sich ein Gesellschafter die

35) Neufeld-Schwarz § 117 Anm. 3.
36) Dür.-Hach. § 117 Anm. 6; Wieland I S. 576, Anm. 58.
37) Dür.-Hach. § 127, Anm. 7; Staub § 127, 1; Wieland I S. 588.
A. A. Brand § 127, 2. e; Goldmann § 127, 8; Lehmann-Ring § 127, 3.
38) Dür.-Hach. § 117 Anm. 6.
39) OLG. Zelle in Recht 05/22.
40) RG. 114/395; Reichsoberhandelsgericht 25/163; Denkschrift 1 S. 84.

Klage mitzuerheben, so kann eine Entziehung dieser Befugnisse selbst dann nicht erfolgen, wenn diese Weigerung ungerechtfertigt ist, die Zustimmung vielleicht nur aus egoistischen Beweggründen verweigert wird.[41] Die Mitwirkung eines Gesellschafters ist auch dann nicht entbehrlich, wenn erhebliche Interessen der Gesellschaft auf dem Spiele stehen.[42] Doch sind die Gesellschafter einem solchen Teilhaber nicht schutzlos preisgegeben. Ein derartiges Verhalten kann einen wichtigen Grund darstellen und die Auflösung der Gesellschaft oder den Entzug seiner eigenen Geschäftsführung rechtfertigen.[43]

Das Urteil, welches die Entziehung ausspricht, hat konstitutive Wirkung, d. h. mit der Rechtskraft des Urteils tritt die Rechtsänderung ein.[44] Erfolgt die Entziehung durch Schiedsspruch, so bedarf es noch einer rechtskräftigen Vollstreckbarkeitserklärung durch das Gericht.[45]

Die Bestimmungen der §§ 117, 127 HGB. sind aber nicht zwingendes Recht. Der Gesellschaftsvertrag kann, wie weiter unten zu behandeln ist, die Form der Geltendmachung des Entziehungsrechtes in Abweichung von der gesetzlichen Regelung festsetzen.

Einen weiteren Fall, in dem eine Beschlußfassung erforderlich ist, erwähnt das Gesetz in § 122 Abs. 2 HGB. Hienach ist ein Gesellschafter nicht befugt, mit Ausnahme des ihm in Absatz 1 dieser Bestimmung zugebilligten Entnahmerechts, seinen Kapitalanteil ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter zu vermindern. Das Gesetz spricht auch hier nicht ausdrücklich von einer Beschlußfassung. Da aber Willensübereinstimmung unter den Gesellschaftern herrschen muß, wenn das Entnahmerecht eines Teilhabers über das gesetzliche Maß hinaus erweitert werden soll, so müssen sie darüber einen Beschluß fassen. Eine Gefahr für die Gläubiger ist nicht vorhanden, da ja jeder Gesellschafter persönlich mit seinem ganzen Vermögen haftet.

Eines Gesellschafterbeschlusses bedarf es weiterhin für die Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft. Auf Antrag der übrigen Mitglieder kann gemäß § 140 HGB. ein Gesellschafter vom Gericht aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn in seiner Person ein Umstand eintritt, der nach § 133 HGB.

41) Dür.-Hach. II, 2 § 117, Anm. 6.
42) A. A. Karger DJZ 28/936.
43) Dür.-Hach. II. 2 § 117, Anm. 6.
44) Dür.-Hach. II. 2 § 117, Anm. 6, RG. in JW. 26/5535.
45) Ritter § 117 Anm. 2.

für die übrigen Teilhaber das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Diese Bestimmung entspricht im allgemeinen den §§ 117 und 127 HGB. Was daher oben über die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gesagt wurde, gilt im großen und ganzen entsprechend für den Ausschluß aus der Gesellschaft. Eine Abweichung besteht lediglich darin, daß sich die übrigen Gesellschafter mit dem Auszuschließenden auseinandersetzen müssen, um eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Ausgeschlossenen zu vermeiden.

Im engen Zusammenhang mit dem Ausschließungsrecht steht die Bestimmung des § 141 HGB. Kündigt ein Privatgläubiger eines Gesellschafters nach § 135 HGB. auf, so können die übrigen Gesellschafter beschließen, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen soll. Dadurch kann also die unter Umständen unerwünschte Auflösung der Gesellschaft verhindert werden. Dieser Beschluß ist einstimmig zu fassen, und zwar sind alle Gesellschafter stimmberechtigt mit Ausnahme des Betroffenen selbst. Das ist ganz natürlich, da ja der gewissermaßen ausgeschlossene Gesellschafter, — wenn der Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse nicht zuläßt, durch seinen Widerspruch das Recht der übrigen Gesellschafter vereiteln könnte. Dasselbe Recht steht den Gesellschaftern zu, wenn über das Vermögen eines Teilhabers der Konkurs eröffnet ist. Nach der Beschlußfassung haben die Gesellschafter dem Privatgläubiger und im Falle des Konkurses dem Konkursverwalter mitzuteilen, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen soll.

Eines Gesellschafterbeschlusses bedarf es gemäß § 131 Ziff. 2 HGB. weiterhin für die Auflösung der Gesellschaft. Dieser Beschluß ist von allen Gesellschaftern übereinstimmend zu fassen. Wie jeder schuldrechtliche Vertrag durch Vereinbarung der Parteien grundsätzlich wieder aufgehoben werden kann, so kann auch durch übereinstimmenden Willen sämtlicher Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt werden.

Gesellschafterbeschlüsse sind aber im Gesetz nicht nur vorgesehen für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft, sondern auch für die Zeit nach Auflösung derselben, im Stadium der Liquidation.

Ist die Gesellschaft aus irgend einem Grunde aufgelöst, so tritt sie in das Stadium der Liquidation, es sei denn, daß über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist oder die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart

haben. § 145 Abs. 1 HGB. Ist im letzteren Falle im Gesellschaftsvertrag nichts Näheres bestimmt, so bedarf es eines Beschlusses der Gesellschafter, wenn die Liquidation durch eine andere Art der Auseinandersetzung ersetzt werden soll, z. B. durch Verkauf des Geschäftes und Teilung des Erlöses, Uebertragung des Vermögens auf einen andern Gesellschafter.

Nach § 146 HGB. erfolgt die Liquidation durch alle Gesellschafter als Liquidatoren; selbst wenn ein Gesellschafter bei Bestehen der Gesellschaft von der Geschäftsführung ausgeschlossen war, ist er Liquidator[46]. Grundsätzlich sind daher alle Gesellschafter kraft Gesetzer Liquidatoren. Durch Beschluß der Gesellschafter kann aber die Liquidation einzelnen Teilhabern oder dritten Personen übertragen werden. Dieser Beschluß bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter. Er kann sowohl vor als auch nach Auflösung der Gesellschaft gefaßt werden[47]. Es bedarf nicht einmal eines ausdrücklichen Beschlusses, sondern die Bestellung bestimmter Personen zu Liquidatoren kann auch stillschweigend geschehen[48].

Einen weiteren Fall, in dem eine Beschlußfassung erforderlich ist, erwähnt das Gesetz in § 147 HGB. Hienach bedarf es zur Abberufung von Liquidatoren eines Beschlusses der nach § 146 Abs. 2, 3 HGB. Beteiligten, und zwar ist für diesen Beschluß notwendig Einstimmigkeit erforderlich. Der Abberufung durch Beschluß unterliegen auch die vom Richter bestellten Liquidatoren[49]; denn wenn die Gesellschafter diesen durch bindende Anweisungen alle Geschäfte entziehen und ihre Tätigkeit lahmlegen können, (vgl. 152 HGB.) dann müssen sie diesen auch ihr Amt entziehen können[50].

In betreff der Geschäftsführung können die Beteiligten gemäß § 152 HGB. Anordnungen beschließen, denen die nach § 146 Abs. 2, 3 HGB. Beteiligten Folge zu leisten haben. Auch dieser Beschluß bedarf der Einstimmigkeit. Selbst bei Gefahr im Verzug kann von einem Beschluß nicht abgesehen werden. Ist ein zustimmungsberechtigter Gesellschafter nicht zu erreichen oder einer der sonstigen Beteiligten noch völlig unbekannt, z. B. infolge Erbfolge, so können eben keine bindenden Anweisungen erfolgen.

Neben diesen im Gesetz besonders aufgezählten Fällen bedarf es darüber hinaus zu allen Handlungen, welche die Grundlage des

46) Neufeld-Schwarz § 146, 1.
47) A. A. Goldmann § 146, 1.
48) Dür.-Hach. II 2 § 146 Anm. 11; A. A. Makower § 146,2.
49) Staub § 147,2; Wimpfheimer S. 45.
50) Dür.-Hach. II 2 § 147 Anm. 5.

Gesellschaftsverhältnisses betreffen, insbesondere zu Aenderungen des Gesellschaftsvertrags, eines Beschlusses der Gesellschafter. Wenn auch das Gesetz die Möglichkeit der Aenderung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags durch Beschlußfassung nicht ausdrücklich erwähnt, so ist damit keineswegs gesagt, daß diese unzulässig ist. Der Gesellschaftsvertrag ist ein echter Vertrag und kann deshalb gemäß § 305 BGB., soweit nichts anderes vereinbart ist, unter Zustimmung aller Beteiligten auch abgeändert werden. Unter diese Gruppe fällt auch die Aufnahme eines neuen Teilhabers in die Gesellschaft. Eines Beschlusses bedarf es insbesondere zur Vornahme von Handlungen, die dem Zweck der Gesellschaft zuwiderlaufen.

Die Gesellschafter können weiterhin im Gesellschaftsvertrag eine Reihe von Fällen aufzählen, in denen eine bestimmte Maßnahme zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf. So kann vereinbart werden, daß die Geschäftsführungsbefugnis in Abweichung von der gesetzlichen Regelung nicht allen Gesellschaftern zustehen soll, sondern daß die zur Geschäftsführung berufenen Teilhaber alle Jahre oder alle zwei Jahre neu gewählt werden sollen, daß über die Bildung offener bzw. stiller Reserven durch Gesellschafterbeschluß entschieden wird, oder daß die Höhe des in bar auszuzahlenden Gewinnes von einem Beschluß der Gesellschafter abhängig ist. Vereinbarungen in dieser Hinsicht haben natürlich nur dann einen Sinn, wenn die Regelung dieser Fragen einem Mehrheitsbeschluß überlassen ist; denn einstimmig könnten sie ja all diese Maßnahmen ohne weiteres vornehmen und eine besondere Aufzählung im Gesellschaftsvertrag wäre überflüssig.

II. Kapitel.

Die Mitwirkungsberechtigung bei der Beschlußfassung.

Im ersten Abschnitt wurde die Frage behandelt, in welchen Fällen Gesellschafterbeschlüsse vom Gesetz vorgeschrieben oder doch zulässig sind. Dabei ergab sich, daß nicht alle Fälle gleich gelagert sind, sondern in sofern voneinander abweichen, als die zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter nicht immer dieselben sind. Eine Regel, aus der allgemein hervorginge, wer zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufen ist, stellt das Gesetz nicht auf. Grundsätzlich haben alle Gesellschafter das Recht, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts abweichendes bestimmt, bei der Beschlußfassung mitzuwirken, gleichgültig, ob diese sich auf Maßnahmen der Geschäftsführung bezieht oder auf Angelegenheiten, die nicht Gegenstand derselben sind, wie z. B. Aenderungen des Gesellschaftsvertrags; d. h. sämtliche Gesellschafter haben „abstraktes" Stimmrecht. Aber ein Blick auf die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen zeigt uns, daß sie von dieser Befugnis nicht immer Gebrauch machen dürfen; d. h. sie besitzen nicht für alle Fälle der Beschlußfassung auch „konkretes" Stimmrecht[1]. Sind das eine Mal sämtliche Gesellschafter stimmberechtigt, so ist dies in anderen Fällen nur eine bestimmte Gruppe derselben. Wenn wir zunächst von den Fällen der Beschlußfassung im Stadium der Liquidation absehen, so kann man drei Gruppen feststellen.

a) Beschlüsse, welche der Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter, also auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, bedürfen.

Alle Gesellschafter sind stimmberechtigt, wenn eine Handlung vorgenommen werden soll, die über den Betrieb des konkreten Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. § 116 Abs. 2 HGB. Streitig ist, ob auch der Kommanditist einer Kommanditgesellschaft bei ungewöhnlichen Handlungen stimmberechtigt ist. Das Gesetz läßt dies nicht deutlich erkennen. Ein Teil der Schriftsteller[2] ver-

1) Ausdrücke von Herzfelder S. 16.

2) Brand § 164, 2 a; Gierke S. 252; Goldmann § 164, 8; Heinsheimer, Teilhaberschaft S. 123; Koenige § 164, 1; Lehmann-Ring § 164, 2; Neufeld-Schwarz § 164, 1; Ritter, § 164, 2 Staub § 164, 3.

sagt dem Kommanditisten das Stimmrecht und beschränkt ihn auf ein bloßes Widerspruchsrecht. Sie berufen sich dabei auf den Wortlaut des § 164 Abs. 1, 2. Halbsatz. Dagegen steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß auch der Kommanditist zur Beschlußfassung über die Vornahme von ungewöhnlichen Handlungen beigezogen werden muß.[3] Der Kommanditist ist nur von der Vornahme gewöhnlicher Betriebshandlungen ausgeschlossen. § 164 Abs. I HGB. „Die Mitwirkung bei außergewöhnlichen Geschäften ist im Sinne des Gesetzes keine Teilnahme an der eigentlichen Geschäftsführung"[4]. Seine Mitwirkung ist daher bei der Vornahme von ungewöhnlichen Handlungen erforderlich. Dasselbe gilt auch bei der Vornahme von Handlungen, die dem Zwecke der Gesellschaft fremd sind. Selbst wenn Gefahr im Verzug ist, bedarf es der vorherigee Befragung der Kommanditisten. Der Einwand der Vertreter der Gegenmeinung, daß dann der zweite Halbsatz des § 164 HGB. inhaltslos sei und zu einer solchen Annahme kein Anlaß vorliege, ist nicht stichhaltig. Damit sollte lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß der Kommanditist nicht nur von der Mitwirkung bei der Beschlußfassung ausgeschlossen ist, sondern daß ihm auch bei gewöhnlichen Betriebsgeschäften kein Widerspruchsrecht zusteht. Mit Recht weist Flechtheim[5] darauf hin, daß der von der Geschäftsführung ausgeschlossene offene Handelsgesellschafter besser gestellt wäre, als der Kommanditist, wenn man ihm bei ungewöhnlichen Geschäften das Stimmrecht versagen wollte. Die Kommanditisten haben daher gegen die Vornahme einer über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft gehenden Handlung nicht nur ein Widerspruchsrecht, sondern sie sind darüber hinaus auch bei der Beschlußfassung hierüber stimmberechtigt.

Auch bei der Beschlußfassung über die Auflösung der Gesellschaft sind alle Gesellschafter ohne Ausnahme zur Mitwirkung berechtigt. Dem Kommanditisten steht in diesem Falle ebenfalls Stimmrecht zu. Weiterhin fallen unter diese Gruppe Beschlüsse, die Aenderungen des Inhalts des Gesellschaftsvertrags zum Gegenstand haben. Grundlage für die Errichtung einer OHG. ist der Gesellschaftsvertrag. Sie entsteht durch Vereinbarung aller Beteiligten. Ist aber zum Abschluß des Vertrags die Zustimmung aller

3) Dür.-Hach. § 164, Anm. 3; Lehm.-Hoeniger S. 285; Makower § 164, 2; Schreiber S. 102; Wieland I S. 752, Anm. 36.

4) Dür.-Hach. II, 2, § 164 Anm. 3.

5) Dür.-Hach. II, 2, § 164 Anm. 3; vergl. weiterhin die dort angeführten rechtspolitischen Momente.

erforderlich, so bedarf es auch zur Abänderung desselben grundsätzlich der Zustimmung aller Teilhaber, denn auch diese erfolgt nach Vertragsrecht. § 305 BGB. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag für Vertragsänderungen, wie später auszuführen ist, das Mehrheitsprinzip einführen. Mitwirkungsberechtigt sind aber auch dann alle Gesellschafter. Der Kommanditist ist bei der Beschlußfassung hierüber auch zu befragen.

b) Beschlüsse, welche nur der Mitwirkung der geschäftsführenden Gesellschafter bedürfen.

Alle Gesellschafter, mit Ausnahme der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, sind stimmberechtigt bei der Vornahme von gewöhnlichen Betriebsgeschäften, wenn im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß mehrere geschäftsführende Gesellschafter nur zusammen handeln können. Weiterhin dürfen bei der Beschlußfassung über die Bestellung eines Prokuristen nur die geschäftsführenden Gesellschafter mitwirken. § 116 Abs. 3 HGB. Der Kommanditist hat daher in diesem Falle kein Stimmrecht, da er grundsätzlich auch kein Recht zur Geschäftsführung hat.

c) Beschlüsse, bei denen alle Gesellschafter stimmberechtigt sind, sowohl die geschäftsführenden als auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, mit Ausnahme dessen, gegen den sich die Beschlußfassung richtet.

Es handelt sich hier um Maßnahmen, bei denen ein Gesellschafter an dem Ergebnis der Beschlußfassung besonders interessiert ist, also um Fälle, bei denen die Gefahr einer mißbräuchlichen Ausübung des Stimmrechts zum Schaden der Gesellschaft offen auf der Hand liegt und wichtige Interessen der Gesellschaft auf dem Spiele stehen. In diesen Fällen ruht das Stimmrecht des Betroffenen. Würde man ihn hier zur Abstimmung zulassen, so hätte er es in der Hand, wenn das Einstimmigkeitsprinzip gilt oder wenn beim Mehrheitsprinzip nach Kapitalanteilen abgestimmt wird und der betreffende Gesellschafter die Mehrheit des Kapitals eingelegt hat, eine für das Wohl der Gesellschaft unbedingt erforderliche Maßnahme zu verhindern. Wo regelmäßig eine derartige Interessenkollision vorliegt, hat der Gesetzgeber selbst eingegriffen und eine Reihe von Fällen angeführt, in denen er das Stimmrecht allen andern oder allen übrigen Gesellschaftern, mit Ausnahme des Be-

troffenen selbst, einräumt. Das ist der Fall in §§ 113 Abs. 2, 117, 122, 127, 140, 141 HGB. In all diesen Fällen bedarf es bei der Kommanditgesellschaft auch der Mitwirkung der Kommanditisten.

Neben diesen Bestimmungen, die eine Pflicht zur Stimmenthaltung auferlegen, könnte man noch an § 181 BGB. denken. Die herrschende Meinung steht aber mit Recht auf dem Standpunkt, daß diese Vorschrift hier nicht angewendet werden kann; denn es handelt sich bei der Beschlußfassung nicht um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten; die Gesellschafter sind ja nicht Dritte im Sinne dieser Vorschrift.[6] Die Beschlußfassung wirkt grundsätzlich nicht unmittelbar nach außen. Weiterhin üben ja die Gesellschafter bei der Stimmabgabe ein eigenes Recht aus.[7]

Abgesehen von diesen soeben erwähnten Fällen, bestehen weder bei der offenen Handelsgesellschaft noch bei der Kommanditgesellschaft Vorschriften, welche eine allgemeine Pflicht zur Stimmenthaltung in den Fällen, in denen ein Mitglied an dem Ergebnis der Beschlußfassung besonders interessiert ist, aussprechen, wie dies z. B. bei den wichtigsten Personenverbänden mit selbständiger Rechtspersönlichkeit der Fall ist.[8]

Da der Gesetzgeber keine diesen Ausschlußvorschriften entsprechende Regelung für die Personalgesellschaften des Handelsrechts getroffen hat und auch nicht auf eine analoge Anwendung derselben hinweist, so liegt der Gedanke nahe, daß nur in den vom Gesetz aufgezählten Fällen ein Ausschluß vom Stimmrecht stattfinden soll. Darüber aber, daß nicht nur in diesen Fällen ein Gesellschafter sein Stimmrecht nicht ausüben darf, besteht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit. Der Stimmrechtsausschluß wegen Interessenkollision ist bei den Personalgesellschaften vielleicht in noch höherem Maße geboten wie bei den Körperschaften, da ja der einzelne Teilhaber für die aus der Beschlußfassung entstehenden Verpflichtungen mit seinem ganzen Vermögen einstehen muß und für den Einzelnen daher mehr auf dem Spiele steht, als für die Mitglieder einer Körperschaft.[9] Auch außer den im Gesetz geregelten Fällen kann es vorkommen, daß Gegenstand der Beschlußfassung eine Maßnahme ist, bei der die Interessen eines Gesellschafters denen der Gesellschaft und damit der übrigen Teilhaber widersprechen. Es würde doch gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn ein Ge-

6) Herzfelder S. 69; Makower § 119,2.
7) Staudinger § 34; v. Tuhr I S. 510.
8) vergl. §§ 252 III HGB; 34 BGB; 47 Abs. IV GmbH; 43 Abs. III Gen. Ges; Im folgenden Ausschlußvorschriften genannt.
9) RG. in JW. 32/2401.

sellschafter, der die Gesellschaft in eine mißliche Lage gebracht hat, durch Verweigerung seiner Zustimmung eine im Interesse der Gesellschaft notwendige Maßnahme verhindern könnte. Oder setzen wir den Fall, es gilt für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse das Mehrheitsprinzip und zwar nach Kapitalanteilen, so könnte ein Gesellschafter, der die Mehrheit der Kapitalanteile besitzt und z. B. die Gesellschaftskasse bestohlen hat, seine Wahl zum Geschäftsführer durchsetzen, obwohl er doch in diesem Falle das Wohl der Gesellschaft denkbar gefährdet. Daß in solchen Fällen der Stimmrechtsausschluß unbedingt geboten erscheint ist klar. Fraglich ist nur, nach welchen Regeln der Ausschluß zu erfolgen hat. In dieser Frage weichen die Meinungen zum Teil sehr stark auseinander.

Knoke [10] versagt dem Gesellschafter einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft (und das gilt wohl auch für die OHG.) dann das Stimmrecht, wenn es sich um den Abschluß eines Rechtsgeschäfts der Gesellschaft mit ihm, oder um gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung von Forderungen der Gesellschaft gegen ihn handelt, da er sonst durch seinen Widerspruch die Entscheidung verhindern könnte, welche die Interessen der Gesellschaft erheischen. Thalmessinger [11] beschränkt bei Gemeinschaftsverhältnissen den Stimmrechtsausschluß auf die Fälle, in denen durch den Beschluß der Stimmberechtigte entlastet oder mit ihm namens des Gemeinschaftsverhältnisses ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll. Müller-Erzbach [12] befürwortet eine entsprechende Anwendung der für die Körperschaften geltenden Bestimmungen, nämlich des § 252 Abs. III HGB. und 34 BGB. Ludewig [13] tritt ebenfalls für eine rechtsähnliche Anwendung der Ausschlußvorschriften ein. Maßgebend sei darüber hinaus der § 226 BGB auf Grund der §§ 157 und 242 BGB.

Die Frage, wann bei den Personalgesellschaften außer den im Gesetz besonders angeführten Fällen ein Ausschluß vom Stimmrecht erfolgen müsse, hat am eingehendsten Herzfelder [14] behandelt. Nach seiner Meinung müssen bei den Personenverbänden ohne eigene Rechtspersönlichkeit, also auch beider OHG., in Bezug auf den

10) S. 100.
11) S. 63.
12) S. 197.
13) Grenzen des Stimmrechts des geschäftsführenden Gesellschafters einer OHG in JW. 25/2586.
14) S. 58.

Stimmrechtsausschluß wegen Interessenkollision die für die Körperschaften geltenden Grundsätze analoge Anwendung finden. Daß sich diese seine Ansicht nicht unmittelbar aus dem Gesetze selbst begründen läßt, gibt er zu. Für eine entsprechende Anwendung der Ausschlußvorschriften sprächen vielmehr rechtspolitische Momente. Die Unterscheidung von Personenverbänden mit und ohne eigene Rechtspersönlichkeit sei nur von Bedeutung für die rechtliche Stellung eines Verbandes gegenüber dritten Personen. Im übrigen habe diese Unterscheidung letzten Endes nur formulare Bedeutung. Da die Ausschlußvorschriften aber ihrem Zweck und Grundgedanken nach nur die innere Organisation eines Personenverbandes und die Beziehungen der Mitglieder zum Personenverband oder untereinander betreffen, so sei ihre Anwendung keineswegs durch das Vorhandensein einer juristischen Persönlichkeit bedingt. Weiterhin weist er darauf hin, daß z. B. zwischen einer GmbH. und einem rechtsfähigen Verein einerseits, einer OHG. und der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft anderseits oft weniger Unterschiede bestehen als zwischen einer GmbH. und einer Aktiengesellschaft, die Ausschlußvorschriften aber sowohl für die GmbH., die AG. und den rechtsfähigen Verein in gleicher Weise gelten. Es sei deshalb nicht einzusehen, warum die Anschlußvorschriften nicht auch auf die OHG. und KG. Anwendung finden sollten, zumal doch die Gefahr einer egoistischen Ausnützung des Stimmrechts durch einen Teilhaber bei den Personenverbänden ohne eigene Rechtspersönlichkeit nicht viel geringer sei wie bei juristischen Personen.

Unter Zugrundelegung der Ausschlußvorschriften ist also ein Gesellschafter bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts nach der Ansicht Herzfelders immer dann vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn es sich bei der Beschlußfassung um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm, die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreites zwischen ihm und der Gesellschaft handelt[15]). Ebenso wie im Körperschaftsrecht muß nach Herzfelder aber auch hier eine Einschränkung gemacht werden. Die Ausschlußvorschriften finden nur Anwendung auf Geschäfte des Individualverkehrs, das sind solche, bei denen der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter gegenüber steht, sondern als Dritter, also auf Geschäfte, die einem Dritten gegenüber genau so vorgenommen werden können wie einem Teilhaber gegenüber. Dagegen finden sie keine Anwendung auf sozialrechtliche Angelegenheiten

15) Herzfelder S. 63.

und Geschäfte, das sind solche, die die Regelung des Innenlebens der Gesellschaft betreffen[16]).

Nun gibt es aber sozialrechtliche Angelegenheiten, auf welche zwar die Ausschlußvorschriften nach dieser Einschränkung nicht anwendbar sind, bei denen aber eine derartige Interessenkollision besteht, daß ein Stimmrechtsausschluß unbedingt geboten erscheint. Man denke nur an den allerdings im Gesetz selbst geregelten Fall der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis aus wichtigem Grunde. Für solche Fälle steht Herzfelder unter Zugrundelegung des § 157 BGB. die allgemeine Formel auf, die auch für die offene Handelsgesellschaft entsprechend gilt[17]): „Nach den Regeln über Treu und Glauben ist ein Körperschaftsmitglied im allgemeinen dann vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn bei einer Beschlußfassung das Interesse des Mitglieds unmittelbar und erheblich berührt ist und die Beschlußfassung dann, wenn sie im Sinne des Mitglieds ausfällt, eine ernstliche Gefährdung der Interessen der Körperschaft bedeutet"[18]).

Gegen eine analoge Heranziehung der Ausschlußvorschriften bei der OHG. und gegen die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes für den Stimmrechtsausschluß wendet sich Staub.[19]) Jeder Gesellschafter kann nach seiner Ansicht an allen Abstimmungen teilnehmen, auch wenn sich der Gegenstand der Beschlußfassung auf ihn bezieht oder die Maßregel sich gegen ihn wendet. Er ist nur dann von der Mitwirkung bei der Beschlußfassung ausgeschlossen, wenn die Ausübung des Stimmrechts im konkreten Falle gegen die guten Sitten verstoßen würde. Einen ähnlichen Standpunkt nehmen Ritter[20]), Brand[21]) und Lehm.-Ring[22]) ein.

Endlich stellt eine besonders weit verbreitete Ansicht für die Frage des Stimmrechtsausschlusses die Vereinbarkeit mit der Gesellschaftstreue in den Mittelpunkt. Nach Flechtheim[23]) ist die einzige Schranke, welche der Ausübung des Stimmrechts gezogen

16) Die Notwendigkeit dieser Unterscheidung für die Körperschaften vertreten: Staub § 252 Anm. 26; Flechtheim in JW. 25/565 mit Literaturangaben; RG. B. 81/38.

17) S. 63.

18) S. 50.

19) § 119, 1.

20) § 119, 1.

21) § 119, 1.

22) § 119, 3.

23) Dür.-Hach. II 2, § 115 Anm. 5. 119 Anm. 2 und 3; vergl. weiterhin Hachenburg in LZ. 07/738, 8.

ist der § 226 BGB, sowie die Grundsätze über Treu und Glauben. Er stellt daher die allgemeine Formel auf: „Ein Gesellschafter ist von der Teilnahme an solchen Abstimmungen ausgeschlossen, bei denen sein eigenes Interesse mit dem Gesellschaftsinteresse derart kollidiert, daß die Ausübung des Stimmrechts einen gegen die Gesellschaftstreue verstoßenden Mißbrauch darstellen würde." Daß nicht schon die Ausübung des Stimmrechts an sich in diesem Falle einen Verstoß gegen die Gesellschaftstreue darstellt, sondern nur die Ausübung in einem für die Gesellschaft ungünstigen Sinne, brauchte nicht näher betont zu werden.[24] Zu einem ähnlichen Ergebnis wie Flechtheim gelangt Hueck[25], weicht aber insofern von ihm ab, als er annimmt, daß jeder Gesellschafter auch im Falle der Interessenkollision an allen Abstimmungen teilnehmen darf, seine Stimme aber nicht berücksichtigt zu werden braucht.

Die Ansicht, welche eine rechtsähnliche Anwendung der Ausschlußvorschriften auf die OHG. und KG. empfiehlt, ist abzulehnen. Eine analoge Heranziehung ist zunächst gar nicht zweckmäßig, denn nach überwiegender Meinung sind diese bei den Körperschaften aus Zweckmäßigkeitsgründen auch dann anwendbar, wenn tatsächlich eine Interessenkollision nicht vorliegt. Sie wirken absolut.[26] Ist objektiv der Tatbestand dieser Bestimmungen gegeben, dann ist der betreffende Gesellschafter ohne weiteres vom Stimmrecht ausgeschlossen. Für Körperschaften mag dies erträglich sein, für die OHG. und KG. wäre es bedenklich. Das Stimmrecht ist das wichtigste Recht des Gesellschafters. Dies darf nur insoweit eingeschränkt werden, als es im Interesse der Gesellschaft unbedingt geboten erscheint. Da jeder Gesellschafter mit seinem ganzen Vermögen für die aus der Beschlußfassung entstehenden Verpflichtungen haftet, so darf man seinen Einfluß auf die Führung der Geschäfte nur da beschränken, wo es der Grundgedanke des Gesetzes erfordert.

Eine analoge Heranziehung der Ausschlußvorschriften ist aber auch gar nicht notwendig. Es ist doch merkwürdig, daß der Gesetzgeber nicht auch für die Personalgesellschaften des Handelsrechts eine den Ausschlußvorschriften entsprechende Bestimmung aufgenommen hat oder nicht auf eine analoge Heranziehung derselben hinweist, sondern sich damit begnügt, einige besonders wichtige Fälle aufzuzählen, in denen er die Entscheidung den übrigen oder

24) Dür.-Hach. II 2, § 115 Anm. 5, 119 Anm. 2.
25) Gesellschafterbeschlüsse S. 712.
26) Herzfelder S. 26; Hachenburg in LZ. 07/467; v. Tuhr Bd. I S. 510.

den andern Gesellschaftern mit Ausnahme des Betroffenen selbst überläßt. Wenn der Gesetzgeber diese Frage nicht weiter regelte, so ist dies nur dadurch zu erklären, daß er eine derartige Bestimmung nicht mehr für nötig hielt. Tatsächlich ergibt sich auch aus dem Gesellschaftsverhältnis das Erforderliche. Das Stimmrecht ist zunächst ein Recht. Kein Gesellschafter darf Rechte ausüben, wenn und soweit die Ausübung gegen Treu und Glauben verstößt. Der Gedanke der Unzulässigkeit einer mißbräuchlichen Rechtsausübung muß überall dort Anwendung finden, wo sich die Ausübung eines Rechts als eine erhebliche Verletzung gegen den das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben darstellt. Dieser Grundsatz beherrscht das gesamte Recht[27] und ist damit auch unmittelbar auf die Personalgesellschaften des Handelsrechts und auf die Beschlußfassung anzuwenden. Das Stimmrecht ist aber auch eine Pflicht und für die Leistungspflicht gilt ebenfalls § 242 BGB. Die Ausübung des Stimmrechts darf also nicht gegen die Gesellschaftstreue verstoßen. Im übrigen ist jeder Gesellschafter in der Ausübung seines Stimmrechts vollkommen frei. Damit ist auch die Ansicht von Staub abgelehnt, wonach ein Gesellschafter nur dann vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, wenn die Ausübung desselben gegen die guten Sitten verstoßen würde.

Diese Generalsklausel, wonach ein Gesellschafter außer den im Gesetz positiv geregelten Fällen nur dann vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, wenn die Ausübung desselben gegen die Gesellschaftstreue verstoßen würde, deckt alle Fälle der Ausschlußvorschriften, sodaß sich eine analoge Heranziehung derselben als ein unnötiger Umweg erweist.

Man hat gegen diese Auffassung den Einwand gebracht, daß ein solch dehnbarer, auf das Ermessen und die Billigkeit abgestellter Satz in die Betätigung des gesellschaftlichen Lebens die größte Unsicherheit hineintrage. Gerade für die Praxis seien klare und scharfe Grenzlinien unentbehrlich.[28] Es mag zugegeben werden, daß diese Bedenken einige Berechtigung haben, da dem freien Ermessen ein großer Spielraum gegeben ist. Das besagt aber nichts gegen die Richtigkeit dieser Auffassung. Im Gegenteil! Infolge der ungenauen Fassung der Anschlußvorschriften entstehen schon bei ihrer Auslegung viele Zweifel und Unsicherheiten. Vor allem aber ist die Anwendung dieser allgemeinen Klausel außerordentlich geeignet, der Eigenart des einzelnen zur Beurteilung stehenden Falles Rechnung zu tragen.

27) JW. 35/3151.

28) Ludewig in JW. 25/2586.

Aus diesen Ausführungen geht hervor, daß jeder Gesellschafter, sowohl beim Einstimmigkeitsprinzip als auch beim Mehrheitsprinzip bei der Beschlußfassung über Aenderungen des Inhalts des Gesellschaftsvertrags stimmberechtigt ist. Jeder Teilhaber ist grundsätzlich berechtigt an der Abstimmung über seine eigene Abberufung als geschäftsführender oder vertretungsberechtigter Gesellschafter teilzunehmen. Stellt sich die Uebertragung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis als Einräumung eines Sonderrechts dar, so bedarf es zur Entziehung nicht nur der Mitwirkung, sondern sogar der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters. Liegt aber ein wichtiger Grund vor, so ist eben der betreffende Gesellschafter nicht stimmberechtigt. Werden kraft Gesellschaftsvertrages die geschäftsführenden Gesellschafter aus der Zahl der Teilhaber gewählt, so kann der, welcher berufen werden soll, über seine eigene Berufung mitbeschließen. Im konkreten Falle kann aber die Ausübung des Stimmrechts gegen Treu und Glauben verstoßen, z. B. wenn dem Gesellschafter schon einmal die Geschäftsführungsbefugnis wegen eines wichtigen Grundes entzogen wurde, weil er Gesellschaftsgelder unterschlagen hat; denn dann könnte er unter Umständen seine eigene Wahl durchsetzen. Man denke nur an den schon oben erwähnten Fall, daß für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse Mehrheitsentscheid nach Kapitalanteilen vorgeschrieben ist und der betreffende Gesellschafter die Mehrheit der Einlagen besitzt. In diesem Falle darf er nicht mitstimmen. Dasselbe gilt für die Abberufung von Liquidatoren. Soll ein Teilhaber einer Gesellschaft, der zum Liquidator bestellt wurde, wieder abberufen werden, so bedarf es nicht nur seiner Mitwirkung, sondern sogar seiner Zustimmung[29]. Sollen einem Gesellschafter neue Pflichten auferlegt oder schon vorhandene erweitert werden, Rechte entzogen oder eingeschränkt werden, so bedarf es ebenfalls seiner Zustimmung. Dagegen ist ein Gesellschafter, dem durch Beschluß ein besonderer Vorteil eingeräumt werden soll, nicht stimmberechtigt, soweit nicht ein anderer Wille der Gesellschafter erkennbar ist.[30] Anders ist in diesem Falle zu entscheiden, wenn die Rechtslage aller Gesellschafter gleichmäßig verändert wird. Hier hat jeder Gesellschafter Stimmrecht. Soll durch Beschluß ein Sonderrecht eines Gesellschafters entzogen oder beeinträchtigt werden, oder soll der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung durchbrochen

29) Brand § 147,2 a; Dür.-Hach. II 3 § 147 Anm. 6; Koenige § 147,1; Lehm.-Ring § 147,1; Makower § 147 II a; Staub § 147,3; ROHG. 20/11.

30) Dür.-Hach. II 1, Allg. Einl. Anm. 109; Herzfelder S. 69; Staudinger. § 709/III; RG in LZ. 07/738, 3.

werden, so bedarf es nicht nur der Mitwirkung, sondern sogar der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters[31]).

Streitig ist, ob ein Gesellschafter beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 157, 242 BGB. sein Stimmrecht überhaupt nichts ausüben darf, oder ob er nur nicht in einem der Gesellschaft ungünstigen Sinne stimmen darf. Hueck[32]) kommt zu dem Ergebnis, daß jeder Gesellschafter an allen Abstimmungen teilnehmen darf, seine Stimme brauche jedoch nicht berücksichtigt zu werden, wenn sie offensichtlich „illoyal" ist. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Gewiß kann ein Gesellschafter seine Treue zur Gesellschaft beweisen, wenn er in einem solchen Falle gegen sein eigenes Sonderinteresse stimmt im Interesse der Gesellschaft und es mag auf den ersten Blick ungerecht erscheinen ihn schon deshalb, weil eine Interessenkollision vorliegt, vom Stimmrecht auszuschließen. Gegen diese Meinung sprechen aber starke praktische Bedenken; denn es wird sich in den meisten Fällen nur schwer feststellen lassen, in welchem Sinne ein Gesellschafter sein Stimmrecht ausgeübt hat. Läßt man den betroffenen Gesellschafter mitstimmen, so würden in diesem Falle die übrigen Gesellschafter immer den Verdacht schöpfen, der mitstimmende Teilhaber habe trotzdem bei der Abstimmung sein eigenes Interesse verfolgt. Es muß schon die Möglichkeit der mißbräuchlichen Ausübung des Stimmrechts verhindert werden. Der betroffene Gesellschafter darf daher überhaupt nicht mitstimmen.

Dieselben Grundsätze, welche über den Stimmrechtsausschluß wegen Interessenkollision entwickelt wurden, gelten auch für das den Gesellschaftern einer OHG. oder KG. eingeräumte Widerspruchsrecht. §§ 115 I, 161 I HGB. Auch dieses darf ein Gesellschafter nur insoweit ausüben, als es sich mit seiner Pflicht zur Gesellschaftstreue vereinbaren läßt.[33]) Dasselbe gilt für die Verweigerung der in gewissen Fällen notwendigen Zustimmung eines Gesellschafters.

Schwierigkeiten kann die Feststellung machen, ob der Abstimmende mit dem Interessierten identisch ist. Regel ist, daß Umgehungen der Grundsätze über die Stimmenthaltung vermieden werden müssen.[34]) Wenn jemand ein Geschäft mit der Gesellschaft im

31) Herzfelder S. 17.

32) Gesellschafterbeschlüsse S. 712.

33) Dür.-Hach. II 2, § 115 Anm. 5; Ritter § 115,3; Neufeld-Schwarz § 115,3; Wieland Bd. I S. 569. A. A. Brand § 115,2e; Staub § 114,4a; Ludewig in JW. 25/2586.

34) RG. 85/175; LZ. 07/193 Nr. 6.

eigenen Namen, aber für Rechnung oder im Auftrage eines Gesellschafters abschließt, so ist dieser vom Stimmrecht ausgeschlossen. Dem Kommittenten steht kein Stimmrecht zu, wenn es sich bei der Beschlußfassung um Abschluß eines Vertrags mit dessen Komissionär handelt.[35]) In all diesen Fällen ist eben der wahre Interessierte der Gesellschafter, der seine Beteiligung nur zu verheimlichen sucht. Wollte man ihn hier mitstimmen lassen, so wäre dies nichts anderes als eine Umgehung der Grundsätze über die Stimmenthaltung. Durch seine Mitwirkung würde der Gesellschafter ebenso gegen die Gesellschaftstreue verstoßen, wie der, der offen auftritt.

Es sollen hier noch kurz die im Stadium der Liquuidation zu fassenden Beschlüsse behandelt werden. Diese nehmen hinsichtlich der Mitwirkungsberechtigung bei der Beschlußfassung eine Sonderstellung ein. Zwar sind auch hier alle Gesellschafter stimmberechtigt, gleichgültig, ob ihnen beim Bestehen der Gesellschaft Geschäftsführungsbefugnis zustand oder nicht. Der Kreis der Stimmberechtigten ist aber hier über die Gesellschafter hinaus erweitert. So ist im Falle des § 145 Abs. II HGB. neben den Gesellschaftern auch der kündigende Privatgläubiger bzw. der Konkursverwalter des Gesellschafters stimmberechtigt. Dagegen ist in § 146 HGB. wohl der Konkursverwalter im Falle des Privatkonkurses mitwirkungsberechtigt (§ 146 Abs. III HGB.) nicht aber der Privatgläubiger eines Gesellschafters, der die Gesellschaft nach § 135 HGB. gekündigt hat[36]). Endlich spricht das Gesetz in den §§ 147 und 152 HGB. von einem Beschluß der nach § 146 Abs. 2, 3 HGB. Beteiligten. Diese werden also den Gesellschaftern gleichgestellt. Neben den Gesellschaftern sind also hier zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung der Privatgläubiger eines Schuldners, also auch der Schuldner selbst, und der Konkursverwalter an Stelle des in Konkurs geratenen Teilhabers berechtigt. Zu den Beteiligten gehört nicht der Liquidator, der nicht Gesellschafter ist. Ferner zählen zu den Beteiligten die Erben eines verstorbenen Gesellschafters, mit denen die Gesellschaft nicht fortgesetzt wird. Das Stimmrecht steht nicht etwa dem von ihnen bestellten Vertreter, sondern ihnen selbst zu[37]). Sie

35) RG. 104/130; vergl. einen weiteren Fall in JW. 25/569, insbesondere 571.

36) Dür.-Hach. II 2, § 146 Anm. 9.

37) Behrend § 81 Anm. 26 S. 570; Dür.-Hach. II 2, § 147 Anm. 6; Staub § 147,3.

haben alle zusammen nur das Stimmrecht des Erblassers. Kommt eine Einigung unter ihnen nicht zustande, so kann ihre Stimme nicht berücksichtigt werden, es sei denn, daß sie für die Verwaltung des Nachlasses das Mehrheitsprinzip eingeführt haben. Hinterläßt ein Gesellschafter mehrere Erben, mit denen kraft Gesellschaftsvertrags die Gesellschaft fortgesetzt wird, so hat der Gesellschafter natürlich ein selbständiges Stimmrecht, da ja jeder Gesellschafter wird.

III. Kapitel.

Das Mehrheitsprinzip.

I. Einstimmigkeit und Mehrheit im Allgemeinen.

Bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts gilt, im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften, bei denen im Zweifel Stimmenmehrheit entscheidet, grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip. Ueberall da, wo eine Maßnahme zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit eines Beschlusses bedarf, ist die Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Teilhaber erforderlich. § 119 Abs. I HGB. Gegen den Willen eines mitwirkungsberechtigten Gesellschafters kann daher grundsätzlich ein gültiger Gesellschafterbeschluß nicht zustande kommen. Das hat seinen guten Grund, denn man kann einem Gesellschafter nicht zumuten, daß er für Verbindlichkeiten aus Beschlüssen, bei denen er nicht mitgewirkt hat, mit seinem ganzen Vermögen haftet[1]).

Einstimmigkeit wird sich bei der offenen Handelsgesellschaft als auch bei der Kommanditgesellschaft, da diese meist nur aus wenigen Teilhabern bestehen, leicht erreichen lassen. Die strenge Durchführung des Grundsatzes der Einstimmigkeit kann aber oft zu Verhältnissen führen, die im Wirtschaftsleben unerträglich sind. Durch wiederholten Erbgang z. B. kann eine ursprünglich kleine Gesellschaft stark anwachsen und damit die Möglichkeit einer Einigung immer schwieriger werden, zumal den einzelnen Teilhabern ein Vetorecht eingeräumt ist. In solchen Fällen wird die Einführung des Mehrheitsprinzips daher sehr zweckmäßig und sogar oft unbedingt erforderlich sein.

Durch Vereinbarung der Gesellschafter kann für die von ihnen zu fassenden Beschlüsse Mehrheitsentscheid vorgesehen werden. § 119 Abs. II HGB. Stimmenmehrheit gilt daher nur wo und insoweit dies vertraglich festgelegt ist. Damit unterwirft sich die jeweilige Minderheit vertraglich dem Willen der Mehrheit und ist dann verpflichtet, bei der Ausführung der von der Mehrheit beschlossenen Maßnahme mitzuwirken, wenn dies zur Vertretung

1) Thalmessinger S. 40; vergl. § 128 HGB.

der Gesellschaft nach außen erforderlich ist. Stimmen die einzelnen Teilhaber der Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen zu, so ist darin eben ein Verzicht auf das ihnen zustehende Widerspruchsrecht zu erblicken. Diese Bindung an den Willen der Mehrheit gilt aber nur für die „Gesellschafter", nicht auch für die Privatgläubiger und den Konkursverwalter gemäß § 135 HGB. Deren Zustimmung muß besonders eingeholt werden, es sei denn, daß auch sie sich bei Beginn der Liquidation dem Willen der Mehrheit unterworfen haben[2]).

Zur Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen bedarf es allerdings nicht unbedingt einer ausdrücklichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, sondern die Geltung des Majoritätsprinzips kann sich auch aus stillschweigendem Einverständnis oder aus einer ständigen, von allen Gesellschaftern als selbstverständlich angesehenen Uebung ergeben[3]). Es kommt eben hier auf die tatsächliche Handhabung des Vertrags an. Haben die Gesellschafter widerspruchslos längere Zeit hindurch die Entscheidung der Mehrheit gelten lassen, so ist hierin eine stillschweigende Aenderung des Gesellschaftsvertrags zu erblicken und kein Gesellschafter kann sich dann auf § 119 Abs. I HGB. berufen.

Die Gesellschafter brauchen das Mehrheitsprinzip nicht für alle Fälle der Beschlußfassung vereinbaren, sondern sie können eine Verbindung von Einstimmigkeits- und Mehrheitsprinzip dergestalt vorsehen, daß zwar grundsätzlich Stimmenmehrheit entscheiden soll, daß aber in besonders wichtigen Fällen, die zweckmäßigerweise dann im Gesellschaftsvertrag näher bestimmt werden, Einstimmigkeit erzielt werden muß.

Die Bestimmung des § 119 HGB. hat allgemeine Bedeutung. Sie bezieht sich nicht nur auf Fälle, die schon kraft Gesetzes der Beschlußfassung unterliegen, sondern ist darüber hinaus auf alle Fälle anwendbar, bei denen der Gesellschaftsvertrag zur rechtlichen Wirksamkeit einer Maßnahme einen Gesellschafterbeschluß für erforderlich hält[4]). Der § 119 HGB. beschränkt sich weiterhin nicht nur auf Beschlüsse, welche Maßnahmen der Geschäftsführung während des Bestehens der Gesellschaft zum Gegenstand haben, sondern gilt auch für Beschlüsse im Stadium der Liquidation. Da

2) Dür.-Hach. II 2, § 152 Anm 3; A. A. Neufeld-Schwarz § 152. 1.

3) Dür.-Hach. II 1 Allg. Einl. Anm. 109; II 2 § 119 Anm. 1; 119 Anm 2; Neufeld-Schwarz § 119, 2; RG. in JW. 30/706 mit Anmerkung von Flechtheim; Bay. OLG. 1909/91; Saub § 192, 2.

4) Dür.-Hach II 2, § 119 III Anm. 3; Staub § 119, 5.

der Gesellschaftsvertrag mit der Auflösung der Gesellschaft nicht außer Kraft tritt, so kann er auch verbindliche Vorschriften für die Liquidation treffen, also auch für die während der Liquidation zu fassenden Beschlüsse das Mehrheitsprinzip einführen[5]).

Wie die Mehrheit zu bilden ist, bestimmt sich nach § 119 Abs. II HGB. Hienach ist die Mehrheit „im Zweifel" nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen. Ein Mehrheitsbeschluß ist daher nur möglich, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Teilhabern besteht. Maßgebend ist also grundsätzlich nicht, dem unkapitalistischen Charakter der Personalgesellschaften entsprechend, die Kapitalbeteiligung. Es braucht nicht besonders betont zu werden, daß es immer die Mehrheit der zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter sein muß[6]).

Die Bestimmung des § 119 Abs. II HGB. ist kein zwingendes Recht. Das ergibt sich einwandfrei aus den Worten „im Zweifel". Sie ist nur eine Auslegungsregel in Ermangelung einer anderen vertraglichen Regelung. Der Gesellschaftsvertrag kann von der gesetzlichen Regel abweichen und eine andere Berechnungsweise einführen. An Stelle der einfachen Mehrheit kann eine qualifizierte verlangt werden. Ist nichts bestimmt, so gilt im Zweifel einfache, d. h. absolute Mehrheit, es muß dann eine Stimmzahl erreicht werden, welche die Hälfte der abgegebenen Stimmen übersteigt[7]). An Stelle der Abstimmung nach Köpfen kann aber auch Abstimmung nach Kapitalanteilen vorgesehen sein. In diesem Falle ist dann ein Mehrheitsbeschluß auch möglich, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Teilhabern besteht[8]). Es kann weiterhin eine Mehrheit nach Köpfen und Kapitalanteilen vorgesehen werden. Alle die erwähnten Möglichkeiten können allgemein oder nur für bestimmte Beschlußgegenstände gelten. Bei der Berechnung der Mehrheit kommt nur die Zahl derjenigen in Betracht, die sich wirklich an der Abstimmung beteiligt haben. Ist ein Mitglied zwar erschienen, hat aber nicht mit abgestimmt, so bleibt dieses bei der Stimmberechnung unberücksichtigt[9]).

5) Dür.-Hach.II 2, § 147, Anm. 6; Brand § 147, 2 a; Lehm.-Ring § 147, 1; Makower § 147, 2 a; Ritter § 147, 2; Staub § 156, 10; RG. 114/395 A. A. Goldmann § 146, 1.

6) Staub § 119, 2.

7) Neufeld-Schwarz § 119, 2; Staub § 119, 3.

8) Koobs S. 12;

9) Thalmessinger S. 63.

II. Inwieweit können sich die Gesellschafter im Voraus einem Mehrheitsbeschluß unterwerfen?

1. Grenzen des Mehrheitsprinzips.

Die Einführung des Mehrheitsprinzips beruht auf einer Vereinbarung der Gesellschafter. Es müssen sich alle Teilhaber, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, damit einverstanden erklären. Daraus geht schon hervor, daß Mehrheitsbeschlüsse nicht im beliebigen Maße eingeführt werden können; denn da ihre Einführung auf eine vertragliche Abmachung der Gesellschafter zurückgeht, so können Mehrheitsbeschlüsse nur insoweit vereinbart werden, als nicht eine zwingende Norm des Gesetzes entgegensteht; insbesondere darf eine solche Vereinbarung nicht gegen die guten Sitten verstoßen. § 138 BGB. Ein solcher Verstoß läge dann vor, wenn der einzelne Gesellschafter durch eine derartige Regelung der Willkür der Mehrheit preisgegeben wäre.[10] Eine weitere Schranke steht der ausdrücklichen Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen nicht entgegen; insbesondere nicht der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter, wie weiter unten dargelegt wird. Im übrigen gilt volle Vertragsfreiheit. In der Ausgestaltung des Innenverhältnisses sind die Gesellschafter frei. Unter sich können sie grundsätzlich ausmachen was sie wollen. Dritte Personen sind ja nicht gefährdet, da sie durch die unbeschränkte Haftung der einzelnen Teilhaber genügend geschützt sind. Diese Vertragsfreiheit bezieht sich daher nicht nur, wie das RG. in Band 38/113 für das ADHGB. annahm auf den zweiten Abschnitt, der von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter untereinander während des Bestehens der Gesellschaft handelt. Die Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen kann sich vielmehr auf Fragen erstrecken, welche das Verhältnis der Gesellschafter zu dritten Personen betreffen, obwohl dieses durch zwingende Normen geregelt ist. Eine solche Abmachung hat jedoch nur Bedeutung für das interne Verhältnis der Gesellschafter. Es ist nicht einzusehen, warum die Gesellschafter nicht mit Stimmenmehrheit sollten beschließen können, daß im Verhältnis der einzelnen Teilhaber zueinander z.B. die gesamtschuldnerische Haftung im Widerspruch zu § 128 HGB. geregelt werden soll. Dagegen können sie nicht einmal durch einstimmigen Beschluß, geschweige denn durch Mehrheitsbeschluß die

10) Cohn S. 25; Huek, Gesellschafterbeschlüsse S. 718; Neufeld-Schwarz § 119, 2; Staub § 119, 5; Thalmessinger S 51; Wieland Bd. I S. 578 Anm. 4; s. auch RG. in JW. 32/2401.

Vertretungsmacht eines Gesellschafters im Gegensatz zu § 126 HGB. oder die gesamtschuldnerische Haftung im Widerspruch zu § 128 HGB. mit Wirkung gegen dritte Personen regeln.

Es handelt sich bei der Frage nach den Grenzen des Mehrheitsprinzips lediglich darum, inwieweit die Gesellschafter auch mit Wirkung unter sich in der Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen beschränkt sind. Hier ist die Vereinbarung wie schon oben erwähnt, nur insofern eine Schranke gezogen, als nicht gegen eine zwingende Norm des Gesetzes verstoßen werden darf. Von diesem Gesichtspunkt aus sind alle einzelnen Fälle zu beurteilen. Mit der Frage, inwieweit sich die Gesellschafter schon im Voraus bezüglich bestimmter Punkte dem Willen der Mehrheit unterwerfen können, darf nicht der Fall verwechselt werden, ob nicht der konkrete Mehrheitsbeschluß gegen die guten Sitten verstößt. Stellt sich die Ausübung dieser Befugnis durch die Mehrheit als ein Mißbrauch ihrer Macht dar, dann ist die widersprechende Minderheit an den Beschluß der Mehrheit nicht gebunden.

In vielen Fällen wird es schwierig sein, die Grenze zu finden, bis zu welcher Mehrheitsbeschlüsse durch Vereinbarung der Gesellschafter eingeführt werden können, da auch die Frage, ob eine Norm zwingend ist oder nicht, nicht immer eindeutig feststeht. Es sollen nun im folgenden die wichtigsten Fälle, die in der Literatur und Rechtsprechung zum Teil äußerst bestritten sind, untersucht werden.

2. Aenderungen des Inhalts des Gesellschaftsvertrags im Allgemeinen.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, daß die Gesellschafter das Mehrheitsprinzip auch auf Beschlüsse ausdehnen können, welche die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses betreffen, insbesondere über Aenderungen des Inhalts des Gesellschaftsvertrags durch Mehrheitsbeschluß entscheiden können. Das wird allerdings von Makower[11] bestritten. Nach seiner Ansicht können Aenderungen des Gesellschaftsvertrags nur einstimmig erfolgen, da Beschlüsse, auf welche § 119 HGB. anwendbar sei, nur solche seien, welche innerhalb des Rahmens des Gesellschaftsvertrags bleiben. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden und sie wird auch von der herrschenden Ansicht abgelehnt.[12] Das Gesetz selbst gibt uns allerdings

11) § 119, 1;

12) Brand § 119, 4; Dür.-Hach. II 1, Allg. Einl. Anm. 109; II 2, § 119. Anm. 3; Heck, Grundriß S. 376; Heinsheimer-Geiler S. 60; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 716; Lehm.-Ring § 119, 3; Loebinger DJZ. 11/150; Staub § 119, 5; RG. 91/167.

keinen positiven Anhaltspunkt für die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen, die Aenderungen des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstand haben. Die Zulässigkeit folgt aber zweifellos aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit. Daß in der Unterwerfung unter einem Mehrheitsbeschluß bezüglich Aenderungen des Gesellschaftsvertrags ein Verstoß gegen die guten Sitten liege, kann nicht behauptet werden. Es wird den überstimmenden Gesellschaftern auch nichts Unbilliges zugemutet, wenn ihnen auf Grund eines solchen Beschlusses neue Pflichten auferlegt werden; denn sie haben ja die Verpflichtung, sich bezüglich Aenderungen des Gesellschaftvertrags einem Mehrheitsbeschluß zu unterwerfen freiwillig übernommen und auch die Folgerung vor Augen gehabt, die sich aus einer solchen Vertragsbestimmung ergeben können. Zutreffend weist Loebinger[13]) auf die §§ 315—319 BGB. und darauf hin, daß einem Gesellschafter durch die Geschäftsführung, die zweifellos durch Mehrheitsbeschluß geregelt werden kann, noch drückendere Verpflichtungen gegen seinen Willen auferlegt werden können, als durch einen Beschluß, der eine Aenderung des Gesellschaftsvertrags zum Gegenstand hat. Angesichts dieser Argumente kann daher die Zulässigkeit einer Vereinbarung, daß über Aenderungen des Inhalts des Gesellschaftsvertrags die Mehrheit entscheiden soll, nicht zweifelhaft sein.

Damit soll aber nicht gesagt sein, daß jede beliebige Aenderung des Gesellschaftsvertrags mit Stimmenmehrheit beschlossen werden kann. Inwieweit sich die Gesellschafter in dieser Hinsicht im Voraus dem Willen der Mehrheit unterordnen können, ist eben an Hand des § 138 BGB. zu beurteilen.

3. Begründung und Erweiterung von Gesellschafterpflichten.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Gesellschafter jederzeit einstimmig eine Erweiterung schon bestehender z. B. der Beitragspflicht, oder eine Begründung neuer Pflichten mit Wirkung für alle Gesellschafter beschließen können. Streitig ist aber, ob sie sich ganz allgemein zur Uebernahme aller Leistungen verpflichten können, die von der Mehrheit beschlossen werden. Bejaht man diese Möglichkeit, so würde das bedeuten, daß sich die widersprechende Minderheit jede beliebige Neubegründung oder Erweiterung von Pflichten gefallen lassen müßte. Es könnten dann dem einzelnen Teilhaber durch einfachen Mehrheitsbeschluß Lasten auferlegt werden, die die

13) DJZ. 11/150.

Grenzen seiner Leistungsfähigkeit weit übersteigen. Mann kann die Zulässigkeit einer derartig allgemeinen Vereinbarung nicht damit begründen, daß ja die Gesellschafter der Aufnahme einer solchen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag zustimmen müssen, daß sie eine derartige Verpflichtung freiwillig übernommen haben und nun auch die Konsequenzen tragen müssen. Von diesem Standpunkt geht offenbar Staub[14]) aus, der eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag für zulässig hält, daß für eine Erhöhung der Beitragspflicht ein Mehrheitsbeschluß erforderlich und genügend sein soll, wenn diese Möglichkeit nur ausdrücklich im Vertrag vorgesehen sei.

Eine derartige Bestimmung widerspricht sicherlich dem § 138 BGB., selbst wenn alle Gesellschafter damit einverstanden waren, weil dies eine schrankenlose Unterwerfung des Einzelnen unter den Willen der Mehrheit bedeuten würde. Gewiß hat der einzelne Teilhaber bei Aufnahme dieser Bestimmung im Gesellschaftsvertrag genau gewußt, daß ihm unter Umständen sehr weitgehende und drückende Lasten auferlegt werden können. Allein, er wäre vollkommen der Willkür der Mehrheit ausgeliefert und er würde über seine in Zukunft entstehenden Verpflichtungen überhaupt keinen Ueberblick mehr haben. Nachdem die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt haften, würden sie sich mit ihrem ganzen Vermögen der Willkür der Mehrheit preisgeben. Man wird daher, damit der einzelne Teilhaber seine künftigen Verpflichtungen übersehen kann, die Angabe gewisser Grenzen im Gesellschaftsvertrag fordern müssen. Es muß wenigstens der Rahmen oder der Maßstab angegeben sein, in dem eine Erweiterung oder Begründung von Gesellschafterpflichten stattfinden darf, z. B. eine Erhöhung der Einlage von 2000 auf 5000 Mk. Auf diesen Gesichtspunkt ist bei Abfassung des Gesellschaftsvertrags besonderes Augenmerk zu richten. Mit dieser Einschränkung ist gegen eine Bestimmung, daß über die Begründung oder Erweiterung von Gesellschafterpflichten die Mehrheit entscheiden kann, nichts einzuwenden, denn hier kann jeder Gesellschafter von vorne herein übersehen, welche Lasten ihm in Zukunft auferlegt werden können. Erklärt sich ein Gesellschafter nach dieser Einschränkung mit einer derartigen Bestimmung einverstanden, dann muß er auch die Folgen tragen[15]).

14) § 111, 7.

15) vergl. insbesondere in Bezug auf die Beitragspflicht: Dür.-Hach. II 2, § 119 Anm. 3; Flechtheim in JW. 18/176; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 719; Ritter § 109, 2 b; Wieland I S. 578 Anm. 4.

Eine allgemeine Bestimmung ohne Angabe gewisser Grenzen ist allerdings dann zulässig, wenn dem einzelnen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt ist, sich von den von der Mehrheit beschlossenen neuen Verpflichtungen durch Ausscheiden aus der Gesellschaft unter Auszahlung eines entsprechenden Anteils zu befreien, es sei denn, daß dieses Ausscheiden an solch schwere Bedingungen geknüpft ist, daß dies praktisch für den Gesellschafter auf das Gleiche hinauslaufen würde[16]).

4. Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch richterliche Entscheidung gemäß §§ 117 und 127 HGB. einem Gesellschafter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werden. Daß für einen solchen Antrag ein Mehrheitsbeschluß vorgesehen werden kann, ist nicht bestritten. Fraglich ist jedoch, ob die Gesellschafter einer OHG. oder KG. unter Abstandnahme von der gesetzlichen Vorschrift im Gesellschaftsvertrag vereinbaren können, daß diese Befugnisse bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch bloßen Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter entzogen werden können. Es bedürfte also in diesem Falle weder einer Klage noch einer richterlichen Entscheidung zur Entziehung. An Stelle eines Richterspruchs tritt eine rechtsgeschäftliche Erklärung. Eine derartige vertragliche Vereinbarung entspricht der gesetzlichen Regelung bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft[17]).

Die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung ist zu bejahen. Das Entziehungsrecht ist weder in § 117 noch in § 127 HGB. erschöpfend und zwingend geregelt[18]). Das Gesetz hat nur aus Zweckmäßigkeitsgründen und im Interesse der Gesellschafter selbst, nicht aber im Interesse dritter Personen, die Form der Geltendmachung des Entziehungsrechtes anders geregelt als bei der Gesellschaft des BGB. Der Gesetzgeber hat die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nur deshalb an eine richterliche Entscheidung gebunden, weil bei einer auf dem persönlichen Vertrauen der Gesellschafter aufgebauten Vereinigung, wie sie die OHG. und die

16) Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 718.
17) Dür.-Hach. II 2, § 117 Anm. 9.
18) Dür.-Hach. II 2, § 127 Anm. 8, Schreiber S. 112 und 136. A. A. Neufeld-Schwarz § 127 Anm. 2, Staub § 127, 2.

KG. darstellt, Streit und Zweifel darüber ausgeschlossen ist, ob die Entziehung wirksam ist oder nicht, wenn die Rechtslage durch eine autoritäre Instanz geklärt wird[19]. Interessen dritter Personen stehen dabei überhaupt nicht auf dem Spiele. Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis hat nur Bedeutung für das Innenverhältnis, für die Beziehungen der Gesellschafter untereinander. Aber auch bei der Entziehung der Vertretungsmacht besteht keine Gefährdung der Interessen dritter Personen. Zwar bezieht sich diese ausschließlich auf das Außenverhältnis, regelt also die Beziehungen der Gesellschafter zu dritten Personen. Der Dritte ist aber hier durch § 15 HGB. genügend geschützt[20]. Für die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung spricht auch der Umstand, daß sowohl die Teilhaber einer OHG. als auch einer KG. im Gesellschaftsvertrag auf das Recht zur Geschäftsführung oder Vertretung verzichten können. Können sie aber schon von vorne herein auf diese Befugnisse Verzicht leisten, so müssen sie erst recht die Möglichkeit haben, eine Vereinbarung zu treffen, daß zur Entziehung dieser Rechte ein einstimmiger oder ein Mehrheitsbeschluß, unter Ausschluß des Gerichts, genügen soll. Daß eine solche Bestimmung gegen die guten Sitten verstößt, kann sicherlich nicht behauptet werden. Wenn die Gesellschafter selbst auf eine Regelung, die zu ihrem Vorteil getroffen ist, verzichten, so ist das ihre Sache[21].

Ungültig wäre allerdings eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, wonach die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis durch Mehrheitsbeschluß aller Gesellschafter, also unter Mitwirkung des betroffenen selbst, erfolgen soll. Dann könnte der abzuberufende Gesellschafter unter Umständen trotz Vorliegen eines wichtigen Grundes seine Abberufung verhindern. Man denke nur an den Fall, daß die Stimmberechnung nach der Höhe der Einlagen erfolgt und der betreffende Gesellschafter mehr eingelegt hat als die übrigen Teilhaber.

Aber auch dann, wenn zur Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis ein bloßer Mehrheitsbeschluß erforderlich ist, ist die Mitwirkung des Gerichts nicht vollkommen ausgeschlossen. Wird streitig, ob ein gültiger Beschluß vorlag, — und dazu gehört

19) Dür.-Hach. II 2, § 117 Anm. 6.

20) Dür.-Hach. II 2, § 127 Anm. 8; Hueck, S. 720.

21) Dür.-Hach. II 2, § 117 Anm. 9, § 127 Anm. 8, § 119 Anm. 3; Hueck S. 720; Lehm.-Ring § 117, 1. A. A. Brand § 117, 4; Goldmann § 119, 6; Neufeld-Schwarz § 117, 2; Staub § 117, 5; 127, 6; Thalmessinger S. 52; ROHG. 21/84; RG. 38/121.

im vorliegenden Falle das Vorhandensein eines wichtigen Grundes — so hat dies das Gericht nachzuprüfen. Das Urteil, das ergeht, hat nicht konstitutive Wirkung, sondern deklarative, es stellt lediglich die Rechtmäßigkeit des früheren Beschlusses und damit die Tatsache der vollzogenen Entziehung fest.[22] Dieses richterliche Nachprüfungsrecht ist aber unentziehbar. Eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, nach welcher den übrigen Gesellschaftern oder der Mehrheit derselben auch das Recht eingeräumt werden soll eine Entscheidung über die materielle Rechtsgültigkeit des Beschlusses zu treffen, ist ungültig, da sie einen unzulässigen Ausschluß des Rechtswegs bedeuten würde.[23]

Der eben behandelte Fall setzte zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus. Streng davon zu scheiden ist die Frage, ob im Gesellschaftsvertrag durch eine ausdrückliche Bestimmung angeordnet werden kann, daß auch dann, wenn kein wichtiger Grund vorliegt, zur Entziehung der Befugnisse ein einfacher Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter genügen soll. Ein solcher Beschluß wäre völlig losgelöst von den Voraussetzungen der §§ 117, 127 HGB. und die Entziehung dieser Befugnisse in das freie Ermessen der Mehrheit gestellt. Auch diese Möglichkeit ist zu bejahen, denn wenn es möglich ist, — und das ist unbestritten — daß ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag vollkommen von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen werden kann, wenn er damit einverstanden ist, dann ist nicht einzusehen, warum er auf diese Rechte nicht sollte verzichten können, für den Fall, daß die Mehrheit der Gesellschafter dies beschließt. Muß doch der einzelne Teilhaber mit der Aufnahme einer derartigen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag einverstanden sein.[24]

Für die Zulässigkeit einer solchen Regelung spricht auch die Tatsache, daß die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis den Gesellschaftern nur auf bestimmte Zeit, z. B. auf ein Jahr oder bis auf weiteres übertragen werden kann und im Gesellschaftsvertrag angeordnet werden kann, daß die geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter nach Ablauf dieser Zeit aus der Zahl der Teilhaber gewählt werden sollen. Dieses Wahlrecht kann auch einen

22) Dür.-Hach. II 2, § 117 Anm. 9; 119 Anm. 3; Schreiber S. 112; Wieland Bd. I S. 578 Anm. 61

23) Dür.-Hach. II 2, §§ 117 Anm. 9, 119 Anm. 3; Ritter § 117, 5; Staub § 117, 5.

24) Dür.-Hach. § 119 Anm. 3; Hueck S. 720; Ritter § 117, 5; A.A. Brand § 119, 4; Goldmann § 119, 6; Staub §§ 117, 5; 127, 6.

Ausschuß von Gesellschaftern übertragen werden. Daß eine solche Bestimmung getroffen werden kann, ist allgemein anerkannt. Sind aber derartige Vereinbarungen möglich, dann kann auch eine Bestimmung, welche die Entziehung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis ganz allgemein von einem Mehrheitsbeschluß abhängig macht, nicht unzulässig sein. Im Gegenteil! Eine solche Regelung kann für die OHG. und KG. sehr vorteilhaft sein. Es handelt sich hier um Vereinigungen, die auf dem persönlichen Vertrauen der einzelnen Gesellschafter zueinander aufgebaut sind. Bei der Uebertragung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis an einzelne Gesellschafter spielt das Vertrauen zu diesen eine große Rolle. Schwindet nun dieses Vertrauen der übrigen Teilhaber in die Tüchtigkeit eines Gesellschafters, so müssen sie sich weiterhin durch seine Handlungen verpflichten lassen und mit ihrem ganzen Vermögen haften, ohne daß sie ihm diese Befugnis entziehen könnten, wenn kein wichtiger Grund vorliegt. Sie wären hier auf die Kündigung der Gesellschaft angewiesen. Dieser Ausweg liegt aber sicherlich nicht im Interesse der Gesellschafter.

Ein unzulässiger Ausschluß des Rechtswegs, wie Staub behauptet[25], liegt auch hier nicht vor. Das Gericht hat in diesem Falle die Rechtsgültigkeit des Beschlusses, wenn unter den Gesellschaftern Streit darüber herrscht, nachzuprüfen.

5. Die Neuaufnahme von Gesellschaftern.

Grundlage für die Aufnahme eines Dritten in die offene Handelsgesellschaft ist ein Vertrag zwischen den bisherigen Gesellschaftern und dem Neueintretenden.[26] Es bedarf stets der Mitwirkung aller Teilhaber. Sowohl die geschäftsführenden als auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen müssen mit der Aufnahme einverstanden sein. Streng zu scheiden von dem Abschluß des Vertrags mit dem Aufzunehmenden ist die Auswahl desselben, welche grundsätzlich im Wege der Beschlußfassung erfolgt.

Soweit dieser Beschluß einstimmig gefaßt wird, bietet er keine Besonderheit. Streit herrscht jedoch darüber, ob sich die Gesellschafter hinsichtlich der Neuaufnahme eines Dritten schon im Voraus im Gesellschaftsvertrag einem Mehrheitsbeschluß unterwerfen

25) Staub § 117, 5.

26) Brand § 105, 1 d; Dür.-Hach. II 2, § 130 Anm. 2; Hagemann S. 56; Hueck, Übertragung S. 31; Jüdel S. 46; Knoke, Arch. f. Bürg. R. 20 (1902) 175; Neufeld-Schwarz § 109, 11; Staub § 109, 18; Wieland Bd. I S. 805; RG. 52/162; 92/166; 128/176.

können. Hält man eine Verpflichtung dieses Inhalts für zulässig, dann bedeutet das praktisch, daß sich die Gesellschafter verpflichten, mit jedem beliebigen Dritten, den die Mehrheit ausgewählt hat, einen Vertrag abzuschließen. Die überstimmte Minderheit ist daher unter Umständen gezwungen, das Gesellschaftsverhältnis mit Personen fortzusetzen, zu denen sie kein Vertrauen hat. Dazu kommt, daß die Vertretungsmacht des einzelnen Gesellschafters nach außen hin unbeschränkt und unbeschränkbar ist; Dritten gegenüber haften alle Gesellschafter für die Gesellchaftsschulden unbeschränkt. Als geschäftsführender Teilhaber wäre der Neuaufgenommene imstande, die Minderheit wider ihren Willen durch seine Handlungen zu verpflichten. Und doch soll die Gesellschaft auf dem persönlichen Vertrauen der einzelnen Gesellschafter zueinander beruhen. Gerade bei der OHG. kommt der Persönlichkeit des einzelnen Teilhabers eine Bedeutung zu wie bei keiner andern Gesellschaft. Die persönliche Fähigkeit des Einzelnen ist für das Gedeihen der Gesellschaft von ausschlaggebender Bedeutung. Staub[27]) bezeichnet daher eine Verpflichtung, wonach sich die Gesellschafter einer OHG. im Voraus damit einverstanden erklären, weitere von der Mehrheit zu bestimmende Personen aufzunehmen, als ein „Unding"; denn es könne keinem Teilhaber zugemutet werden, sich zu verpflichten, das Vertragsverhältnis mit ganz unbestimmten Personen fortzusetzen. Nur soweit es sich um bestimmte oder doch bestimmbare Personen handle, könne eine Neuaufnahme von Gesellschaftern vorgesehen werden. Er räumt allerdings ein, daß der Begriff der „Bestimmbarkeit" nicht zu eng ausgelegt werden dürfe; es genüge, wenn der Kreis der Personen, die für eine Aufnahme in Frage kämen, eng begrenzt sei.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Gewiß soll keinem Gesellschafter ein ihm nicht genehmer Teilhaber aufgedrängt werden, der ihn mitberechtigen und mitverpflichten könnte. Aber trotzdem wird den Gesellschaftern nichts Unbilliges zugemutet. Bei Aufnahme einer derartigen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, der sie ja alle zustimmen müssen, wissen die Gesellschafter, welche Folgen sich aus dieser Vereinbarung ergeben können. Gerade das Vertrauen in seine übrigen Mitgesellschafter, daß diese nur einen fähigen und ihm genehmen Dritten auswählen werden, bestimmt den einzelnen Teilhaber dazu, sich einem Mehrheitsbeschluß in dieser Hinsicht zu unterwerfen. Wenn sich nun nachträglich trotz-

27) § 109, 19.

dem herausstellen sollte, daß ein Zusammenarbeiten mit dem neuen Gesellschafter unmöglich ist, so können die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft auflösen oder den unbequemen Teilhaber unter Umständen ausschließen. Dazu kommt, daß die Persönlichkeit des Einzelnen nur im Interesse der Gesellschafter selbst so betont ist, daß sie also auf diesen Schutz jederzeit verzichten können.

Daß eine Vereinbarung, welche die Auswahl des Neuaufzunehmenden in das Belieben der Mehrheit stellt, dem Wesen der OHG. nicht widerstrebt, obwohl diese auf dem persönlichen Vertrauen der einzelnen Gesellschafter zueinander aufgebaut ist, geht aus dem Gesetze selbst hervor; denn auch dieses mutet den Gesellschaftern zu, das Vertragsverhältnis mit Personen fortzusetzen, die ihnen völlig unbekannt sind und die sie freiwillig vielleicht nie aufgenommen hätten. Nach § 139 HGB. kann nämlich im Falle des Todes eines Gemeinschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden, wenn diese Möglichkeit im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Nun werden aber im Zeitpunkt dieser Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag die künftigen Erben des einzelnen Teilhabers noch nicht bekannt sein. Es kann einem Teilhaber nach Aufnahme dieser Bestimmung im Vertrag ein Sohn geboren werden und es ist in diesem Falle keine Gewähr dafür gegeben, daß er auch den übrigen Gesellschaftern genehm ist. Es ist fernerhin für die Anwendung des § 139 HGB. völlig gleichgültig, ob es sich um einen gesetzlichen oder vertraglichen oder durch letztwillige Verfügung eingesetzten Erben handelt. Der Erblasser ist in der Auswahl seiner testamentarischen Erben völlig frei und die Gesellschafter müssen zunächst mit dem von dem verstorbenen Gesellschafter ausgewählten Dritten das Gesellschaftsverhältnis fortsetzen. Der als Erbe eingesetzte Dritte wird ipso iure Gesellschafter, ohne daß die übrigen Teilhaber das durch ihren Widerspruch verhindern könnten. Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß, wie das RG. in Bd. 92/166 ff. mit Recht betont, einem Gesellschafter das Recht eingeräumt werden kann, durch seine alleinige Erklärung einen seiner Söhne oder seinen Schwiegersohn in die Gesellschaft aufzunehmen. Auch diese können noch völlig unbekannt sein. Es ist daher nicht einzusehen, warum eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, daß die Mehrheit berechtigt sein soll, einen beliebigen Dritten gegen den Widerspruch einiger Teilhaber in die Gesellschaft aufzunehmen, nicht möglich sein soll.

Der Hinweis von Lehm.-Ring[28]) auf den nicht rechtsfähigen Verein ist nicht überzeugend; denn bei der OHG. ist, wie schon öfters betont, die Persönlichkeit des Einzelnen ausschlaggebend, während der nicht rechtsfähige Verein gerade auf einen Wechsel der Mitglieder eingestellt ist. Die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen hinsichtlich der Aufnahme neuer Teilhaber beim nicht rechtsfähigen Verein, rechtfertigt daher nicht auch den Schluß, daß dies auch bei der OHG. zulässig ist[29]).

Trotzdem haben die Gesellschafter nicht völlig freie Hand in Bezug auf die Auswahl des Dritten; denn auch dieses Recht dürfen sie nur nach Treu und Glauben ausüben. Verstoßen sie bei der Auswahl des Dritten gegen die Bestimmung des § 242 BGB., so ist der Beschluß der überstimmten Minderheit gegenüber unwirksam. „Dem Wesen der Gesellschaft zuwider wäre nur die rücksichtslose oder gar mißbräuchliche Ausnützung eines solchen Rechts"[30]). So wäre die Auswahl einer Person, gegen die Ausschlußgründe im Sinne der §§ 133, 140 HGB. vorliegen, ein Mißbrauch der den Gesellschaftern eingeräumten Freiheit und ein dahingehender Mehrheitsbeschluß ungültig. Nach dieser Einschränkung ist die Minderheit genügend geschützt und es ist gegen eine Bestimmung, die die Aufnahme eines neuen Teilhabers in das Belieben der Mehrheit stellt, nichts einzuwenden. Es ist daher die Einschränkung des RG. in Bd. 92/167 ff., wonach die Auswahl aus einem begrenzten Kreise erfolgen müsse, überflüssig[31]).

Die Darlegungen über die Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters finden entsprechende Anwendung auf die Aufnahme eines Kommanditisten. Auch diese kann grundsätzlich nur mit Zustimmung aller Teilhaber erfolgen. Aber auch hier kann die Zustimmung aller durch die Zustimmung der Mehrheit ersetzt und in deren Belieben gestellt werden[32]).

6. Der Ausschluß von Gesellschaftern aus der Gesellschaft

Auf Antrag der übrigen Gesellschafter kann ein Teilhaber, wenn in seiner Person die Voraussetzungen der Auflösung der

28) § 109, 6.
29) Knoke, Arch. f. Bürg. R. Bd. 20/175.
30) RG. 92/167.
31) Dieselbe Einschränkung wie das RG. macht Neufeld-Schwarz, § 109, 11.
32) Die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung erkennen an: Brand § 105, 1 d; Dür.-Hach. II 2, § 130 Anm. 4; Hagemann S. 56; Hueck, Übertragung, S. 35; Gesellschafterbeschlüsse S. 725 ff; Lehm.-Ring § 109, 6; Schreiber S. 24; Goldmann § 109, 23; für die Gesellschaft des BGB: RGRK. § 709, 3; Staudinger 709 IV 1.; A. A. Behrend § 67 Anm. 16; Knoke, Arch. Bürgl.R. 20/174.

Gesellschaft aus wichtigen Gründen vorliegen, durch richterliches Urteil ausgeschlossen werden. §§ 140, 133 HGB. Diese Bestimmung entspricht im allgemeinen den §§ 117, 127 HGB. Der Ausschluß kann auch hier durch bloße Erklärung der übrigen Gesellschafter gegenüber dem Auszuschließenden erfolgen. Eine dahingehende vertragliche Regelung entspricht dann der gesetzlichen für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft. Schon daraus geht hervor, daß eine solche Vereinbarung für die OHG. nicht unzulässig sein kann.[33] Denn was bei der Gesellschaft des BGB. schon kraft Gesetzes gilt, muß auch bei der OHG. vertraglich festgelegt werden können. Auch der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen steht kein Hindernis entgegen. Die Einführung des Mehrheitsprinzips für diese Frage kann sich sogar sehr zweckmäßig erweisen. Man denke nur an den Fall, daß ein Gesellschafter ausgeschlossen werden soll, der mit einem andern gut befreundet ist. Weigert letzterer sich bei der Beschlußfassung mitzuwirken, dann kann der ungetreue Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden.[34]

Es kann auch vereinbart werden, daß die Ausschließung auf Grund eines von den Voraussetzungen des § 140 HGB. völlig unabhängigen Mehrheitsbeschlusses zulässig sein soll. Der Ausschluß steht dann nicht dem Richter, sondern der Mehrheit der Gesellschafter zu und erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem Auszuschließenden. Der Ausschluß liegt hier im freien Belieben der Mehrheit. Die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung wird allerdings von der herrschenden Lehre bestritten.[35] Auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag könnte diese, öffentlichen Charakter zeigende Vorschrift abgeändert und bestimmt werden, daß an Stelle des Richters ein Gesellschafterbeschluß entscheiden soll. Ueberhaupt könne eine derartige Bestimmung für all diejenigen Fälle nicht getroffen werden, in denen nach dem Gesetz die Entscheidung nicht von sämtlichen Gesellschaftern, sondern nur vom Gericht erfolgen darf. Diese Auffassung ist jedoch nicht richtig. Der Einwand, eine derartige Vereinbarung verstoße gegen das öffentliche Recht,[36] wonach es einen Verzicht auf den für diese Frage vorgeschriebenen Rechtsweg nicht gebe und § 140 HGB. deshalb durch Privatdisposition nicht abgeändert werden könne, schlägt

33) Lehm.-Ring § 140, 8.

34) RG. in JW. 29/629, 1.

35) Goldmann § 119, 6; Mosse-Heymann § 140, 1 a; Neufeld-Schwarz § 140, 4; Staub § 119, 4, 6; Wieland B. I S. 579, 4; 717, 15; ROHG. 21/84; RG. 38/121; 109/82.

36) RG. 38/121.

nicht durch, denn ein Verzicht auf den Rechtsweg liegt gar nicht vor. Die Mitwirkung des Gerichts ist auch in diesem Falle nicht vollkommen ausgeschlossen. Es hat hier eben nur zu prüfen, wenn es angerufen wird, ob eine gültige Beschlußfassung erfolgte, d. h. ob die vom Gesetz oder Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Ausschließung vorliegen. Hängt die Gültigkeit eines Beschlusses von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes ab, dann hat das Gericht auch diese Frage zu prüfen. Einen unzulässigen Ausschluß des Rechtswegs würde nur eine Vereinbarung darstellen, wonach die Mehrheit selbst darüber entscheiden soll, ob die Ausschließung auch zu Recht erfolgt ist.

Eine andere Meinung geht dahin, daß eine derartige Vereinbarung gegen die guten Sitten verstoße, da sie den einzelnen Gesellschafter der Willkür der Mehrheit preisgebe. Die Zulässigkeit einer solchen Bestimmung könne zu den ärgsten Mißbräuchen führen und die Gesellschafter könnten vielleicht aus unlauteren Beweggründen Maßnahmen über einen von ihnen verhängen, die tief in das wirtschaftliche und persönliche Dasein des Betroffenen eingreifen.[37] Diese Bedenken sind nicht überzeugend. Daß derartige Fälle vorkommen können, muß zugegeben werden. Dann kann eben der konkrete Beschluß sittenwidrig und daher nichtig sein, wenn er einen Mißbrauch des der Mehrheit eingeräumten Rechts darstellt. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß die fragliche Vereinbarung an sich schon gegen die guten Sitten verstößt. Der einzelne Gesellschafter ist genügend geschützt. Es bedarf ja zu einer solchen Vereinbarung einer ausdrücklichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag. Alle Gesellschafter müssen sich damit einverstanden erklären. Wenn sich ein Gesellschafter freiwillig bezüglich seines Ausschlusses dem Willen der Mehrheit unterwirft, so muß er auch die Folgen tragen, wenn die Mehrheit in zulässiger Weise von ihrem Recht Gebrauch macht. Es ist daher auch nicht einzusehen, inwiefern die Ausschließung für den betroffenenn Gesellschafter etwas Kränkendes sein soll, wie Wieland[38] annimmt.

Aber auch das Gesetz selbst steht einer derartigen vertraglichen Abmachung nicht entgegen, denn § 140 HGB. gestattet die Ausschließung eines Gesellschafters, ohne daß im Gesellschaftsvertrag etwas Näheres darüber vereinbart ist, daraus geht aber nicht hervor, daß dies die einzige Möglichkeit der Ausschließung sein

37) Wieland B. I S. 717 Anm. 15.
38) S. 717 Anm. 15; vergl. RG. 24/140.

soll. Ebensowenig wie das Entziehungsrecht in den §§ 117 und 127 HGB., ist das Ausschließungsrecht hier erschöpfend und zwingend geregelt und der Gesellschaftsvertrag kann daher die Geltendmachung des Ausschließungsrechts an andere Voraussetzungen knüpfen, als sie das Gesetz selbst vorsieht.[39])

Weiterhin spricht für die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung, daß die Möglichkeit der Ausschließung auf Grund eines von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes unabhängigen Mehrbeschlusses für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft fast allgemein anerkannt ist.[40]) Eine solche Bestimmung kann daher für die offene Handelsgesellschaft nicht sittenwidrig sein, zumal ja die wirtschaftlichen Folgen für den Ausschluß aus der Gesellschaft des BGB. dieselben sind wie bei der OHG.

Die Zulässigkeit dieser Vereinbarung ergibt sich auch daraus, daß derselbe Erfolg auf anderem Wege erreicht werden kann. Es kann ja auch einem Gesellschafter oder der Mehrheit derselben ein Kündigungsrecht eingeräumt und bestimmt werden, daß der, dem gekündigt wird, aus der Gesellschaft ausscheidet und dieselbe unter den übrigen Teilhabern fortbestehen soll.[41]) Auch das ist praktisch genommen nichts anderes als ein Ausschluß, welcher der Willkür des oder der andern Gesellschafter anheimgegeben ist. Ferner können die Gesellschafter, wie weiter unten ausgeführt wird, die Auflösung der Gesellschaft von einem Mehrheitsbeschluß abhängig machen. Nach Auflösung der Gesellschaft könnten sie dann ohne den unbequemen Teilhaber eine neue gründen.

Die gesetzliche Normierung der Art der Geltendmachung des Ausschließungsrechts ist weiterhin nur im Interesse der Gesellschafter selbst erfolgt. Wenn diese dann freiwillig auf die ihnen eingeräumten Vorteile verzichten, so steht dem nichts entgegen. Interessen dritter Personen sind dabei nicht gefährdet, da ja der ausgeschiedene Gesellschafter für die bisherigen Schulden weiterhaftet, wenn er auch im Innenverhältnis Befreiung von den Gesellschaftsschulden verlangen kann.

Mit diesen Ausführungen ist auch die Ansicht von Makower[42]) widerlegt, der eine derartige Vereinbarung nur dann zuläßt, wenn die Ausschließung nicht der Willkür, sondern dem billigen Ermessen der Mehrheit unterliegt.

39) Dür.-Hach. II 2, § 140 Anm. 15; Hueck; Gesellschafterbeschlüsse S. 723;
40) Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 722 ff; Plank § 734, 4; RGRK. 737, 4 Staudinger 737, 3.
41) Dür.-Hach. II 2, § 132, 7; Hueck S. 722; Staub § 138, 3.
42) § 140, 4.

7. Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Gesellschafterbeschluß.

Gemäß § 131 Ziff. 2 HGB. wird die OHG. durch Beschluß der Gesellschafter aufgelöst. Soweit dieser Beschluß einstimmig gefaßt wird, zeigt er keine Besonderheit. Fraglich kann nur sein, ob für diesen Beschluß auch das Majoritätsprinzip gemäß § 119 Abs. II HGB. eingeführt werden kann. Die Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses für diese Frage wird vor allem von Wimpfheimer[43] bestritten. Nach seiner Ansicht ist für den Auflösungsbeschluß notwendig Einstimmigkeit erforderlich. Das ergebe sich zunächst aus dem Wortlaut des Gesetzes, „Beschluß der aller" Gesellschafter selbst. Den möglichen Einwand gegen diese Auslegung, daß es in den §§ 41 BGB. 292, 2 HGB.; 78 Gen.Ges., 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG., 43 VAG. auch Beschluß der Gesellschafter laute, für diese Beschlüsse aber $^3/_4$ Majorität für genügend erachtet werde, und nicht Beschluß aller Gesellschafter bedeute, sucht er damit abzutun, daß bei den jur. Personen $^3/_4$ Mehrheit gelte, wo bei den Gesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit „Einhelligkeit" erforderlich sei, so daß also der qualifizierten Mehrheit dort die Einstimmigkeit hier entspreche. Dieses Argument ist aber nicht stichhaltig. Denn die Bestimmungen, auf die er sich bezieht, sprechen doch zunächst klar gegen und nicht für seine Ansicht. Der Gesetzgeber hätte in § 131 Ziffer 2 HGB. ebenso sagen können durch „Gesellschafterbeschluß".

Weiterhin beruft sich Wimpfheimer zur Begründung seiner Ansicht auf die Entstehungsgeschichte. Schon das römisch-gemeine Recht habe zur Auflösung der Gesellschaft Uebereinstimmung sämtlicher Gesellschafter erfordert und auch das ADHGB. habe in Art. 123 Ziff. 4 „Gegenseitige Uebereinkunft" verlangt. Aus den Materialien zum neuen HGB. gehe ferner nicht hervor, daß der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „Beschluß der Gesellschafter" eine sachliche Aenderung beabsichtigt habe.

Auch dieser Hinweis ist ein schwaches Argument und kein zwingender Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht. Maßgebend ist nur, was der Gesetzgeber gesagt hat. Wenn dieser die alte Fassung nicht ausdrücklich wiederholt, so kann man nicht aus der Entstehungsgeschichte folgern, daß er dieselbe Regelung habe treffen wollen ohne dies im Gesetz zum Ausdruck zu bringen. Es muß

43) S. 102 ff.

schon sehr merkwürdig erscheinen, daß der Gesetzgeber diese eindeutige Fassung nicht wiederholt hat.

Schließlich führt Wimpfheimer noch „praktische" Gründe an, die gegen die Zulässigkeit eines Mehrheitsentscheids für den Auflösungsbeschluß sprechen sollen. Durch die Auflösung der Gesellschaft — so argumentiert er —, werden die Interessen eines Gesellschafters gewöhnlich derart berührt, daß er in seiner ganzen Existenz der Willkür der Mehrheit ausgeliefert sein würde, wenn die Mehrheit zur Auflösung genügen würde. Dieser Gedanke, ein solch unbilliges Ergebnis zu verhüten, liege auch dem Gesetz selbst zugrunde, indem er den Ausschluß eines Gesellschafters gemäß § 140 HGB. nur mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter gestatte. Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft und Auflösung derselben kämen aber für den Widerstrebenden in der Regel auf das Gleiche hinaus. Wimpfheimer geht also in der Hauptsache davon aus, daß der Ausschluß eines Gesellschafters nur einstimmig erfolgen könne. Dieser Ausgangspunkt ist aber, wie oben näher dargelegt wurde, nicht richtig. Es kann auch für den Ausschluß Stimmenmehrheit für genügend erachtet werden. Daß die Unterwerfung unter einen Mehrheitsbeschluß bezüglich der Auflösung der Gesellschaft gegen eine zwingende Norm des Gesetzes, insbesondere gegen die guten Sitten verstoße, kann nicht behauptet werden. Der § 119 HGB. gilt für das gesamte Recht der OHG. und enthält keine Ausnahme. Es gilt auch hier volle Vertragsfreiheit. Ein Ausfluß dieser grundsätzlichen Vertragsfreiheit ist es aber, daß die Gesellschafter die Beendigung der Gesellschaft an einen andern Umstand knüpfen können, als im Gesetz vorgesehen ist. Sie können daher auch die Auflösung der Gesellschaft von einem Mehrheitsbeschluß abhängig machen. Es bedarf oft nicht einmal eines ausdrücklichen Beschlusses, sondern der Wille zur Auflösung kann sich auch aus konkludenten Handlungen ergeben.

Für die Kommanditgesellschaft gelten die soeben entwickelten Grundsätze entsprechend. Auch diese wird durch Beschluß der Gesellschafter aufgelöst. Bei diesem Beschluß sind auch, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorschreibt, die Kommanditisten stimmberechtigt.[44])

44) Die Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses erkennen an: Dür.-Hach. II 2, § 119 Anm. 3; II 1, Allg. Einl. Anm. 230; Heinsheimer-Geiler S. 60; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 723; Jüdel S. 48; Lehm.-Ring § 131, 2; Neufeld-Schwarz § 131, 4; Makower § 131 1 b, allerdings mit der Begründung, daß der Auflösungsbeschluß keine Änderung des Gesellschaftsvertrags enthalte und demgemäss § 119 HGB. für die Erfordernisse der Beschlußfassung maßgebend sei. Ritter § 131, 4; Staub § 119, 5; 131, 4; Wieland B. I S. 578 Anm. 4; JW. 1900/566, 7;

8. Die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen im Stadium der Liquidation.

Es wurde oben schon ausgeführt, daß der Gesellschaftsvertrag für die im Stadium der Liquidation zu fassenden Beschlüsse das Mehrheitsprinzip einführen kann. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall des § 147 Satz 1 HGB. Für die Abberufung von Liquidatoren ist notwendig Einstimmigkeit erforderlich, weil sonst das Recht des Einzelnen auf richterliche Abberufung von Liquidatoren im zweiten Halbsatz dieser Bestimmung leicht durchkreuzt werden könnte. Ebenso wäre das Recht auf richterliche Ernennung von Liquidatoren praktisch gegenstandslos, da der auf Antrag eines Gesellschafters ernannte Liquidator durch Beschluß der Mehrheit jederzeit wieder abberufen werden könnte. Aber auch der Privatgläubiger und der Konkursverwalter könnten leicht überstimmt werden.[45]

---

45) Brand § 147, 2 a; Dür.-Hach. II 2, § 147 Anm. 6; Lehm.-Ring § 147, 1; Makower § 147, 2 a; Ritter § 147, 2;

IV. Kapitel.

In welchem Umfange gelten Mehrheitsbeschlüsse als vereinbart?

1. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter.

Streng zu scheiden von der Frage, in welchem Umfange im Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse vereinbart werden können, ist die, inwieweit die Gesellschafter tatsächlich von diesem Recht Gebrauch gemacht haben. Das ergibt sich jeweils aus dem konkreten Gesellschaftsvertrag und aus der tatsächlichen Handhabung desselben durch die Gesellschafter. Bei der Behandlung der Frage nach den Schranken, die der Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen entgegenstehen, erwähnen manche Schriftsteller noch den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter.[1] Dies ist aber nicht richtig; denn dieser Grundsatz steht nicht der ausdrücklichen Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen entgegen, sondern er gewinnt erst Bedeutung bei der Frage, in welchem Umfange die Gesellschafter tatsächlich das Mehrheitsprinzip eingeführt haben. Die einzige Schranke, die schon der Vereinbarung von Mehrheitsbeschlüssen entgegensteht, ist lediglich das Verbot des Verstoßes gegen eine zwingende Norm des Gesetzes und die guten Sitten. Erst bei der Untersuchung der Gültigkeit eines konkreten Mehrheitsbeschlusses ist der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter zu beachten. Es ist bei allen Mehrheitsbeschlüssen zu prüfen, ob nicht eine Verletzung dieses Grundsatzes vorliegt.

Der Begriff des Gleichbehandlungsprinzipes ist im Gesetz nicht definiert. Das Gesetz sagt auch nicht, ob dieses für die offene Handelsgesellschaft überhaupt Geltung besitzt. Es müssen daher zunächst diese beiden Fragen geprüft werden.

Rein äußerlich betrachtet würde dieser Grundsatz bedeuten, daß alle Gesellschafter in Bezug auf ihre Rechte und Pflichten gleich behandelt werden müssen, daß dem einen Gesellschafter nicht mehr Rechte gewährt oder Pflichten auferlegt werden dürfen als dem

1) Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 716; Wieland B. I S. 579 Anm. 4.

andern. Diese absolute Auffassung des Gleichbehandlungsprinzips kann aber vom Gesetzgeber, vorausgesetzt, daß es der OHG. überhaupt zugrunde liegt, nicht gemeint sein, weil es dem Wesen der Gesellschaftsbildung widerspricht.[2] Gerade die Verbindung von ungleichartigen Kräften führt zur höchsten Entfaltung der Gesellschaft. Während ein Gesellschafter seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, bringt der andere sein Kapital ein. Diese Verbindung von Kapital und Organisationsgabe befähigt die Gesellschaft zu höchsten wirtschaftlichen Leistungen. Nach dem absoluten Gleichbehandlungsprinzip wäre aber eine Gesellschaftsbildung, bei der ein Gesellschafter sich mit seiner Arbeitskraft, der andere mit seinem Kapital beteiligt, nicht zulässig.

Will man hier zu einem befriedigenden Ergebnis gelangen, so muß man die Relativität dieses Prinzips in den Vordergrund stellen. Hienach bedeutet dieser Grundsatz, daß die Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter in einem entsprechenden Verhältnis zueinander stehen müssen, daß die Rechte aller gleich sind, wenn es auch ihre Pflichten sind[3]. Einen Verstoß gegen das relative Gleichbehandlungsprinzip bedeutet es aber nicht, wenn von einem Beschluß ein Gesellschafter härter betroffen wird als der andere und diese ungleichartige Wirkung auf die individuellen Verhältnisse des einzelnen Teilhabers zurückzuführen ist. Man denke nur an eine gleichmäßige Erhöhung der Beitragspflicht durch Mehrheitsbeschluß[4]. Es muß vielmehr der Maßstab, auf Grund dessen Rechte und Pflichten berechnet werden, gleich sein[5].

Eine zweite, nicht minder wichtige Frage ist es, ob dieses Prinzip der offenen Handelsgesellschaft überhaupt zugrunde liegt. Daß dieser Grundsatz für das gesamte Körperschaftsrecht gilt, ist fast allgemein anerkannt[6]. Für die OHG. hat der Gesetzgeber die Geltung dieses Prinzips nicht ausdrücklich ausgesprochen und es bedarf seine Anwendbarkeit eines besonderen Beweises. Eine analoge Anwendung des § 35 BGB. ist nicht angängig, da ja die offene Handelsgesellschaft keine jur. Person ist. Zunächst erfordert das Rechtsgefühl, daß dieses Prinzip ebenso wie bei den Körperschaften auch

2) Moser S. 10.
3) Cohn, Arch. Bürg. R. 132/164; Moser S. 11.
4) Brodmann S. 304 c; Moser S. 11.
5) Moser S. 13.
6) Dür.-Hach. II 1, Allg. Einl. Anm. 90 d. und die dort angeführte Literatur. R.G. 113/156; 118/76; 119/228 und 252; 120/180.

hier gelten muß. Damit ist seine Geltung aber nicht bewiesen. Auch die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, die zum Nachweis dieses Grundsatzes meist angeführt werden, wie z. B. § 706 BGB., sind nicht ein Ausfluß dieses Prinzips in dem hier gemeinten Sinne; denn diese Bestimmungen stellen keine Schranken dar, welche der Gültigkeit eines Mehrheitsentscheides entgegenstehen, sondern sind im Gegenteil Auslegungsregeln in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung. Sie setzen zu ihrer Anwendung ja einen gültigen Beschluß voraus, nur seine Auslegung ist zweifelhaft[7]. Die juristische Begründung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist vielmehr darin zu finden, daß Mehrheitsbeschlüsse nur in dem Maße als vereinbart gelten, als es dem Willen der Personen entspricht, welche die Gesellschaft ins Leben gerufen haben. Bei der Gründung der Gesellschaft stehen Rechte und Pflichten der einzelnen Teilhaber in einem bestimmten Verhältnis zueinander. Der Wille der Gesellschafter geht, mangels anderweitiger Vereinbarung, vom Anfang an dahin, daß dieses ursprüngliche Verhältnis aufrecht erhalten bleibt und ohne ihre Zustimmung nicht abgeändert werden darf. Dieses Prinzip findet also seine Grundlage in dem „zu unterstellenden Willen" der Gesellschafter[8].

Daraus geht aber zugleich hervor, daß dieser Grundsatz nicht zwingenden Charakter besitzt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist dispositiv; denn wenn er auf dem Willen der einzelnen Teilhaber beruht, dann muß er auch durch ihren Willen wieder aufgehoben und geändert werden können. Die Gesellschafter können sich daher jederzeit durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags einer ungleichmäßigen Behandlung unterwerfen.[9] Dazu kommt, daß dieser Grundsatz, wie Müller-Erzbach [10] betont, nur dem Interesse der einzelnen Teilhaber dient, daß diese also jederzeit auf den ihnen eingeräumten Schutz verzichten können.

Allerdings darf die Wegbedingung dieses Grundsatzes nicht soweit gehen, daß der einzelne Gesellschafter vollkommen der Willkür der Mehrheit preisgegeben wäre. Es müssen in diesem Falle gewisse Grenzen angegeben werden, aus denen hervorgeht, inwie-

7) Cohn S. 139, 169.

8) Die Geltung des Grundsatzes für die OHG. erkennen an: Heck, Grundriß S. 376; Herzfelder S. 17; Heinsheimer S. 36; Hueck, S. 717; Cohn, Arch. Ziv. Prax. 132/130; Moser S. 11 ff. allerdings mit anderer Begründung; Müller-Erzbach S. 175; Schafheutle S. 28.

9) Cohn, Arch. Ziv. Prax. 132/169; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 717; A. A. zum Teil Moser S. 55.

10) S. 180.

weit den Gesellschaftern das Recht eingeräumt ist, diesen Grundsatz zu durchbrechen.

Die Anwendung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter ergibt, daß eine Beschränkung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis durch Mehrheitsbeschluß, welche alle Gesellschafter gleichmäßig betrifft, keinen Verstoß gegen dieses Prinzip darstellt, z. B. an die Stelle der alleinigen Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis soll eine solche durch drei oder vier Gesellschafter treten. Durch diese Maßnahme würden alle Gesellschafter gleichmäßig betroffen, denn jeder muß sich ja mit der beschlossenen Beschränkung zufrieden geben. Soll diese Regelung nur einzelnen Teilhabern gegenüber Geltung besitzen, so läge eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, weil dadurch das ursprüngliche Verhältnis der Gesellschaftsrechte zueinander verschoben würde. Eine Verletzung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung liegt auch dann vor, wenn durch Mehrheitsbeschluß besondere Vorrechte eines Gesellschafters entzogen oder beschränkt oder Sondergesellschaftsrechte zum Nachteil anderer Teilhaber begründet werden sollen, es sei denn, daß sich die betroffenen Gesellschafter damit einverstanden erklären. Jede ungleichmäßige Begründung oder Erhöhung von Gesellschafterpflichten, ebenso jede ungleichmäßige Entziehung oder Herabsetzung von Berechtigungen durch Mehrheitsbeschluß ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter und daher grundsätzlich unzulässig.

2. Die Bedeutung der allgemeinen Klausel im Gesellschaftsvertrag, bei Beschlüssen entscheidet die Mehrheit, bzw. Aenderungen des Gesellschaftsvertrags erfolgen durch Mehrheitsbeschluß.

Oft findet sich im Gesellschaftsvertrag die allgemeine Klausel, daß für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse die Mehrheit der stimmberechtigten Teilhaber genügen soll. Von dieser Klausel werden dann aber nicht alle Fälle der Beschlußfassung gedeckt, sondern sie bezieht sich grundsätzlich nur auf die Regelung der äußeren Verhältnisse der Gesellschaft, d. h. auf Akte der eigentlichen Geschäftsführung und auf Handlungen, die zwar über den Rahmen der Geschäftsführung hinausgehen, aber noch zu den laufenden Geschäften, wie sie in der konkreten Gesellschaft immer

wieder vorkommen, zu rechnen sind; z.B. Vornahme von ungewöhnlichen Handlungen, Entscheidung über die Bildung von offenen oder stillen Reserven, soweit der Gesellschaftsvertrag eine Beschlußfassung hierüber vorsieht. Nur insoweit gelten in diesem Falle Mehrheitsbeschlüsse als vereinbart. Diese allgemeine Bestimmung bezieht sich aber grundsätzlich nicht auf Aenderungen des Gesellschaftsvertrags, wie überhaupt nicht auf Akte, welche die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses betreffen, z. B. Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, Aufnahme und Ausschluß von Gesellschaftern, Erweiterung und Begründung neuer Gesellschafterpflichten, Durchbrechung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter, usw.[11]) Vor allem berechtigt diese Bestimmung die Mehrheit nicht zur Vornahme sog. betriebsfremder Geschäfte. Die Gesellschafter haben sich zu einem bestimmten Zweck zusammengeschlossen und es ist deshalb im Zweifel anzunehmen, daß sie sich nur insoweit dem Willen der Mehrheit unterwerfen wollten, als Handlungen in Frage kommen, welche mit der Erreichung des Gesellschaftszwecks im Zusammenhang stehen. Diese Klausel bezieht sich weiterhin nicht auf die Auflösung der Gesellschaft.[12]) Dies ist allerdings bestritten.[13]) Die meisten Schriftsteller begnügen sich mit dieser einfachen Feststellung ohne nähere Begründung. Hueck[14]) läßt eine solche allgemeine Klausel genügen, da die Auflösung der Gesellschaft nicht eine ganz ungewöhnliche Maßnahme sei, sondern die natürliche und wünschenswerte Art der Beendigung der Gesellschaft darstelle, mit der jeder Gesellschafter rechnen müsse. Diese Begründung ist nicht überzeugend. Die Auflösung der Gesellschaft ist eine Maßnahme, welche die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses betrifft.[15]) Die offene Handelsgesellschaft ist eine grundsätzlich dauernde Verbindung im Handel. Die Auflösung ist daher eine so ungewöhnliche Maßnahme, daß man annehmen muß, die Gesellschafter haben bei Aufnahme dieser Bestimmung die Mehrheit nicht dazu berechtigen wollen, zumal ja die Mitgliedschaft bei einer OHG. meist nur die einzige Erwerbsquelle des Gesellschafters ist.

---

11) Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 729; Müller-Erzbach S. 178; RG. 114/395.

12) Dür.-Hach. II 2, § 131 Anm. 3; Neufeld-Schwarz § 119, 2.

13) Hueck, S. 728; Wieland B. I S. 669.

14) a.a.O.

15) Dür.-Hach. II 2, § 114 Anm. 2.

Zur Vornahme all dieser oben aufgezählten Maßnahmen bedarf es also trotz der Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, bei Beschlüssen entscheide Stimmenmehrheit, der Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter. Soll auch für diese ein Mehrheitsbeschluß genügen, so muß dies im Vertrag für diese Fälle besonders vorgesehen sein. Es ist aber zu betonen, daß es sich hier nur um eine Auslegungsregel handelt. Maßgebend ist immer der Wille der Gesellschafter und aus dem Gesellschaftsvertrag kann sich auch ergeben, daß diese allgemeine Bestimmung auch auf Beschlüsse außerhalb des Rahmens der laufenden Geschäfte zu beziehen ist[16]).

Diese allgemeine Klausel bezieht sich aber weiterhin grundsätzlich nicht auf die im Stadium der Liquidation zu fassenden Beschlüsse; denn das Mehrheitsprinzip gilt im Zweifel nur für die Beschlüsse der Erwerbsgesellschaft. Ist die Ausdehnung des Mehrheitsprinzips auf die Liquidationsgesellschaft auch nicht unzulässig, so erfordert seine Geltung doch eine klare und eindeutige Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, aus der hervorgeht, daß auch das Mehrheitsprinzip für Beschlüsse in diesem Stadium gelten soll[17]).

Auch die Bestimmung, daß für Änderungen des Gesellschaftsvertrags das Mehrheitsprinzip gelten soll, berechtigt die Mehrheit nicht, jede beliebige Änderung desselben vorzunehmen. Diese Bestimmung bezieht sich grundsätzlich nur auf solche Änderungen, welche als normale Fälle der Vertragsänderung angesehen werden können; denn nur an diese haben doch wohl die Gesellschafter bei Aufnahme dieser Bestimmung gedacht. Auf keinen Fall ist auf Grund dieser Klausel die Mehrheit dazu berechtigt den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter zu durchbrechen oder in Sonderrechte einzugreifen, ebenso nicht zur Begründung oder Erweiterung neuer Gesellschafterpflichten. Diese Bestimmung ermächtigt die Mehrheit insbesondere nicht zur Abänderung der nicht abbedungenen Dispositivvorschriften, z. B. des § 707 BGB. Diese gelten überhaupt nicht als Bestandteile des Gesellschaftsvertrags. Zu ihrer Abänderung bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung. Ein Mehrheitsbeschluß genügt hier nur, wenn dies unzweideutig im Vertrag festgesetzt und die Dispositivnorm ausdrücklich wegbedungen ist. Eine Erhöhung der Beitragspflicht kann die Mehr-

16) JW. 18/170.

17) Dür.-Hach. II 2, § 152 Anm. 3; Lehm.-Ring § 152, 4; Neufeld-Schwarz § 156, 2; Wieland B. I S. 705 Anm. 72; A. A. Staub § 156, 10.

heit daher für einzelne Gesellschafter nur beschließen, wenn diese Möglichkeit ausdrücklich vorgesehen ist[18]). Ebenso ist die Aufnahme und Ausschließung von Gesellschaftern durch diese Klausel nicht gedeckt. Daselbe gilt für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. Denn in all diesen Fällen handelt es sich um derart ungewöhnliche Maßnahmen, daß man nicht mehr sagen kann, es handelt sich um einfache Satzungsänderungen. Soll auch zur Entscheidung in diesen Fällen die Mehrheit berechtigt sein, dann muß dies im Gesellschaftsvertrag besonders vorgesehen sein.

---

18) Vergl. für den Fall des § 707 BGB.: Heck, Grundriß S. 376; Hueck, Gesellschafterbeschlüsse S. 730; Koenige § 109, 4; RG. 91/168.